



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2018

Zur sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Uber-Fahrern

Gächter, Thomas ; Meier, Michael E

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-160992>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Gächter, Thomas; Meier, Michael E (2018). Zur sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Uber-Fahrern. Jusletter:online.

Thomas Gächter / Michael E. Meier

Zur sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Uber-Fahrern

Nach den Entscheiden des Sozialversicherungsgerichts Zürich vom 10. Juli 2018, welche die Streitigkeiten zur weiteren Sachverhaltsabklärung an die Suva zurückgewiesen haben, ist gerichtlich weiterhin noch nicht entschieden, wie Uber-Fahrer sozialversicherungsrechtlich zu qualifizieren sind. Der vorliegende Beitrag fasst die zentralen Argumente zum Thema im Lichte der jüngsten Rechtsprechung und weiterer Quellen zusammen und kommt zum Schluss, dass die entsprechenden Personen als Unselbstständigerwerbende zu qualifizieren sind.

Beitragsarten: Wissenschaftliche Beiträge
Rechtsgebiete: Sozialversicherungsrecht

Zitiervorschlag: Thomas Gächter / Michael E. Meier, Zur sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation von Uber-Fahrern, in: Jusletter 3. September 2018

Inhaltsübersicht

Ausgangspunkt und Überblick

Teil 1: Das «Modell Uber», Vertragsverhältnisse und Richtlinien

1. Vertragliche Grundlagen und Vertragsverhältnisse
2. Exkurs: Uber Pop in der Schweiz nicht mehr verfügbar
3. Vertragliche Richtlinien und Empfehlungen für Uber-Fahrer

Teil 2: Sozialversicherungsrechtliches Unterstellungsrecht

1. Dreigeteilte Grundordnung
2. Begriff der Erwerbstätigkeit
3. Tätigkeitsspezifisches Beitragsstatut
4. Abgrenzung selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit
 - 4.1 Im Allgemeinen
 - 4.2 Exkurs: Auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit
 - 4.3 Geltende Abgrenzungskriterien und Methodik

Teil 3: Qualifikation der Erwerbstätigkeit der Uber-Fahrer

1. Unternehmerisches Risiko der Uber-Fahrer
 - 1.1 Massgeblichkeit des Kriteriums bei Uber-Fahrern?
 - 1.2 Erhebliche Investitionen
 - a) Anschaffung eines Fahrzeuges
 - b) Unterhalt des Fahrzeuges
 - 1.3 Beschäftigung von eigenem Personal
 - 1.4 Eigene Geschäftsräumlichkeiten
 - 1.5 Inkassorisiko (Delkredererisiko)
 - 1.6 Tragung von Unkosten
 - 1.7 Verlustrisiko
 - 1.8 Auftreten in eigenem Namen und auf eigene Rechnung
 - 1.9 Akquise von Aufträgen / Werbung für Neukunden
 - 1.10 Zwischenfazit: Unternehmerisches Risiko
2. Arbeitsorganisatorische Abhängigkeit
 - 2.1 Bedeutung und Teilgehalte des Kriteriums
 - 2.2 Weisungsbefugnis
 - a) Umstrittener Punkt
 - b) Art und Umfang der Weisungen
 - aa) Weisungen zum Fahrer
 - bb) Weisungen zum Fahrzeug
 - cc) Weisungen zum «Procedure»
 - 2.3 Kontrolle der Weisungen
 - a) Kontrolle durch Mitwirkungspflicht und Background Checks
 - b) Kontrolle durch GPS Überwachung
 - c) Kontrolle durch das Bewertungssystem
 - 2.4 Zwischenfazit: Weisungsbefugnis
 - 2.5 Unterordnung / Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation
 - a) Kein eigenes Inkasso
 - b) Keine Mitsprache bei der Preisbildung
 - c) Hohe Flexibilität bei Arbeitszeit und Ort
 - d) Uber-Fahrer weiss nicht, wohin die Reise geht
 - e) Mitwirkung der Fahrer bei der Qualitätssicherung von Uber
 - f) Möglichkeit der beidseitigen Vertragsauflösung innert kurzer Frist
 - 2.6 Kein Konkurrenzverbot
 - 2.7 Zwischenfazit: Arbeitsorganisatorische Abhängigkeit
3. Sozialversicherungsrechtliche Gesamtbeurteilung

Teil 4: Zusammenfassendes Fazit

Ausgangspunkt und Überblick

[Rz 1] Mit Urteilen vom 10. Juli 2018 hob das Sozialversicherungsgericht des Kantons Zürich in 14 Fällen Einspracheentscheide der Suva auf, mit welchen diese die Tätigkeit von Fahrern¹ im Zusammenhang mit der Uber-App als unselbstständige Erwerbstätigkeit qualifiziert hat. Grund für die Aufhebung war, dass nach Ansicht des Gerichts Uber Switzerland GmbH nicht Arbeitgeberin sei. Es müsse vielmehr von der Suva geprüft werden, ob die Uber B.V. (mit Sitz in den Niederlanden) die Arbeitgeberin sei. Bevor über die Qualifikation der Tätigkeit der Fahrerinnen und Fahrer als Selbst- oder Unselbstständigerwerbende zu entscheiden sei, müsse die richtige Gesellschaft ins Recht gefasst werden.²

[Rz 2] Damit ist die Frage, wie die Tätigkeit als Fahrerinnen oder Fahrer für Uber sozialversicherungsrechtlich zu qualifizieren ist, gerichtlich noch nicht geklärt – eine Frage, die nicht nur die schweizerische Rechtsprechung und Lehre beschäftigt. In praktischer Hinsicht ist sie deshalb so bedeutsam, weil mit der Qualifikation als Unselbstständigerwerbende ein bedeutend höherer sozialversicherungsrechtlicher Schutz der Fahrerinnen und Fahrer verbunden wäre, der aber auch deutliche Mehrkosten für Uber nach sich ziehen und damit die entsprechenden Leistungen verteuern würde. Nachfolgend wird diese Problemstellung vertieft erörtert, wobei sowohl die jüngste Rechtsprechung als auch einige jüngere Gutachten und Literaturmeinungen verarbeitet werden.

[Rz 3] Der sozialversicherungsrechtlichen Qualifikation einer Erwerbstätigkeit liegt *stets eine Würdigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls zu Grunde*.³ Folglich kommt der konkreten Ausgestaltung der Vertragsverhältnisse, den Reglementen und Weisungen sowie den tatsächlich bestehenden Abläufen, Rechten und Pflichten entscheidende Bedeutung zu. Im *ersten Teil* muss deshalb kurz dargestellt werden, wie das «Konzept Uber», mit Unterschieden bei Uber Pop, X und Black, in der Praxis funktioniert. In diesem Bereich bestehen in der Schweiz bereits umfassende Studien der Gutachter PÄRLI⁴ und KAHIL-WOLFF⁵, auf die punktuell verwiesen werden kann.

[Rz 4] In einem *zweiten Teil* müssen zunächst die Grundlagen für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation einer Erwerbstätigkeit in der Schweiz dargelegt werden. Dies geschieht unter Berücksichtigung der Literatur und der Rechtsprechung. Gerade in letzterer waren in jüngerer Zeit mehrere wichtige Entscheide mit Hinweisen und Präzisierungen zur Unterscheidung unselbstständiger und selbstständiger Erwerbstätigkeit zu verzeichnen.

[Rz 5] Auf die juristischen Grundlagen aus Lehre und Rechtsprechung aufbauend, kann sodann die Subsumtion der einleitend beschriebenen Tätigkeit der Uber-Fahrer vorgenommen und die

¹ Zur sprachlichen Vereinfachung wird, wenn nicht beide sprachlichen Geschlechtsformen erwähnt werden, abwechselnd die männliche oder die weibliche Form verwendet. In allen Fällen sind dabei alle Personen in den entsprechenden Funktionen gemeint.

² Siehe die Medienmitteilung des Sozialversicherungsgerichts des Kantons Zürich vom 23. Juli 2018 (www.sozialversicherungsgericht.zh.ch/images/dms/Medienmitteilungen/Medienmitteilung_2018-07-23.pdf) (alle Websites zuletzt besucht am 17. August 2018).

³ Z.B. UELI KIESER, ATSG-Kommentar, 3. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2015, N 19 zu Art. 10.

⁴ KURT PÄRLI, Gutachten «Arbeits- und sozialversicherungsrechtliche Fragen bei Uber Taxifahrer/innen», Bern/Basel, 10. Juli 2016 (www.unia.ch/uploads/tx_news/2016-08-29-Gutachten-Arbeitsrecht-Sozialversicherungsrecht-Uber-Taxifahrer-innen-Professor-Kurt-P%C3%A4rli.pdf), Rz. 34 ff.

⁵ BETTINA KAHIL-WOLFF, Der AHV-rechtliche Beitragsstatus von in der Schweiz tätigen Uber-Fahrern, Gutachten zu Händen von Uber Switzerland GmbH, Lausanne, 13. März 2017, S. 3 ff., insbesondere S. 9 f.

Frage beantwortet werden, wie Uber-Fahrer sozialversicherungsrechtlich zu qualifizieren sind (*Teil 3*). Dabei müssen die abweichenden Konzepte von Uber Pop, X und Black berücksichtigt werden. Bei der Qualifikation der Erwerbstätigkeit eines Uber-Fahrers wird insbesondere auch geprüft, inwiefern das Urteil des Bundesgerichts 8C_571/2017 vom 9. November 2017 zu Taxi-Gesellschaften präjudizielle Auswirkungen auf Uber-Fahrer zeitigen kann.⁶

[Rz 6] Im abschliessenden *Teil 4* werden die aufgeworfenen Rechtsfragen zusammenfassend beantwortet.

Teil 1: Das «Modell Uber», Vertragsverhältnisse und Richtlinien

1. Vertragliche Grundlagen und Vertragsverhältnisse

[Rz 7] Am Geschäftsmodell von Uber sind mindestens folgende drei Parteien beteiligt:⁷

1. Das Unternehmen «Uber B.V.», eine in den Niederlanden gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Vijzelstraat 68-78, 1017 HL, Amsterdam, Niederlande, eingetragen im Handelsregister von Amsterdam unter der Nummer 56317441 (nachfolgend: Uber);
2. Der Fahrgast (in der Terminologie von Uber ein «Benutzer»);
3. Der Uber-Fahrer (in der Terminologie von Uber ein «Kunde»).

Diese Konstellation ist einschlägig für die Angebote von Uber X und Uber Black, deren Fahrer die Tätigkeit zu gewerblichen Zwecken ausüben.⁸

[Rz 8] Bei Uber Pop verfolgen die Uber-Fahrer keine Gewinnabsicht. Vielmehr geht es um einen sogenannten «Peer to Peer»-Service, abgeleitet vom Englischen «Peer» (Kollege oder Ebenbürtiger). Konkret ist Uber Pop als kostendeckender Mitnahmeservice gedacht. Bei Uber Pop sind folgende Parteien involviert:⁹

1. Das Unternehmen «Uber B.V.», eine in den Niederlanden gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Vijzelstraat 68-78, 1017 HL, Amsterdam, Niederlande, eingetragen im Handelsregister von Amsterdam unter der Nummer 56317441 (nachfolgend: Uber);
2. Das Unternehmen «Rasier Operations B.V.», eine in den Niederlanden gegründete Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Vijzelstraat 68-78, 1017 HL, Amsterdam, Niederlande, eingetragen im Handelsregister von Amsterdam unter der Nummer 59888261 (nachfolgend: Rasier);
3. Der Fahrgast (in der Terminologie von Rasier ein «Benutzer»);
4. Die Uber-Fahrerin (in der Terminologie von Rasier ein «Kunde»).

Die Firma Rasier erhielt eine Lizenz von Uber, damit sie Fahrten und Abrechnungen der Uber Pop Fahrer durchführt.¹⁰

⁶ Vgl. UELI KIESER, Gutachten zur Bedeutung des Urteils 8C_571/2017 vom 9. November 2017, erstattet an Uber Switzerland, Zürich/St. Gallen, 2. Februar 2018, S. 10 ff.

⁷ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag, originale Fassung in Englisch und deutsche Übersetzung, Stand: 3. Februar 2016, Ziff. 2.2.

⁸ KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 4, die gemäss eigenen Angaben die Möglichkeit hatte, alle Einzelheiten der tatsächlichen Leistungserbringung aus erster Hand in Erfahrung zu bringen (S. 2).

⁹ Rasier Operations B.V., Dienstleistungsvertrag in deutscher Übersetzung, Stand: 10. Mai, Ziff. 2.2.

¹⁰ KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 4.

[Rz 9] Bei Fahrern von Uber X und Uber Black besteht direkt ein Vertragsverhältnis zwischen Uber und dem jeweiligen Fahrer oder der jeweiligen Fahrerin. Diese sind berechtigt, auf die von Uber zur Verfügung gestellte Onlineplattform zuzugreifen und diese zu benutzen. Uber bedient die Fahrerinnen und Fahrer mit Anfragen nach Beförderungsdienstleistungen von Seiten der Benutzer, die der Fahrer oder die Fahrerin in der Folge annehmen und ausführen kann.¹¹ Im Gegenzug für die Vermittlung von Beförderungsanfragen erhält Uber eine «Servicepauschale» in Höhe von maximal 25–30% des Fahrpreises.¹² Fahrerinnen und Fahrer von Uber Pop haben kein direktes Vertragsverhältnis zu Uber. Es besteht aber ein analoges Vertragsverhältnis zwischen dem Fahrer oder der Fahrerin und Raiser, die ihrerseits Lizenznehmerin der Uber-Technologie ist.

[Rz 10] Uber weist in seinen Verträgen mit den Fahrern von Uber darauf hin, «dass die Erbringung der Beförderungsdienstleistungen durch ihn an die Benutzer zwischen dem Kunden und dem Benutzer eine rechtliche und unmittelbare Geschäftsbeziehung schafft, an der Uber nicht beteiligt ist.»¹³ Zwischen dem Fahrgast und der Fahrerin dürfte es sich um einen Auftrag i.S.v. Art. 394 ff. des Obligationenrechts (OR) (zwecks Beförderung der Person) mit Elementen eines Werkvertrages oder um einen Innominatvertrag sui generis handeln.¹⁴ Ein Personenbeförderungsvertrag i.S.v. Art. 19 Abs.1 des Bundesgesetzes über die Personenbeförderung (PBG; SR 745.1) scheidet grundsätzlich aus, sofern nicht mehr als neun Personen (inkl. Fahrer) transportiert werden (Art. 8 Abs. 1 lit. b der Verordnung über die Personenbeförderung [VPB; SR 745.11]).¹⁵ Für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation ist dies allerdings ohne Bedeutung, weshalb hier nicht weiter darauf eingegangen wird.

[Rz 11] Unklar ist, ob zwischen Uber und dem einzelnen Fahrgast ein Vertrag hinsichtlich der Transportdienstleistung zu Stande kommt. Uber selber verneint eine solche vertragliche Bindung in Ziff. 2.3 des Dienstleistungsvertrages. Ansonsten schweigt sich der Dienstleistungsvertrag darüber aus, wie Uber das (rechtliche) Verhältnis zu den Fahrgästen (Benutzern) qualifiziert.¹⁶

[Rz 12] Fest steht, dass Uber vertraglich einwilligt, dass der Fahrgast die Uber App benutzen darf, um damit einen Uber-Fahrer zu finden. Weiter gibt der Benutzer Uber seine Kreditkarteninformationen bekannt und erlaubt es Uber, den jeweiligen Fahrpreis direkt abzuziehen. Uber leitet dann diesen Betrag abzüglich der Servicepauschale an die Fahrerin weiter und bezeichnet sich als «beschränkten Inkassobevollmächtigten».¹⁷

2. Exkurs: Uber Pop in der Schweiz nicht mehr verfügbar

[Rz 13] Bis anhin wurde von einer Dreiteilung des Uber-Angebotes in Uber X, Uber Black und Uber Pop ausgegangen. Wie beschrieben unterscheiden sich Uber X und Black von Uber Pop

¹¹ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 1.6, 1.14, 1.17, 1.18 2.2.

¹² Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 4.4; die Höhe der Servicepauschale kann dem Vertrag nicht entnommen werden. Gemäss KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 3, beträgt sie max. 25–30%.

¹³ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.3.

¹⁴ Vgl. eingehend dazu MICHAEL HOCHSTRASSER, Der Beförderungsvertrag, Die Beförderung von Personen und Gütern nach schweizerischem Recht und im Vergleich mit ausgewählten internationalen Übereinkommen, Habil., Zürich/Basel/Genf 2015, Rz. 49, Rz. 252 ff., m.w.H. Fn. 557, 558, 559.

¹⁵ HOCHSTRASSER (Fn. 14), Rz. 49.

¹⁶ PÄRLI (Fn. 4), Rz. 35 ff., der ein Vertragsverhältnis zwischen Uber und Fahrgast bejaht.

¹⁷ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 4.1.

dahingehend, dass im letzteren Modell theoretisch keine Erwerbsabsicht, sondern eine reine Unkostendeckung angestrebt wird (vgl. vorn Rz. 8). Diese Eigenheit von Uber Pop würde eine vorfrageweise Prüfung erfordern, ob sozialversicherungsrechtlich überhaupt eine Erwerbstätigkeit im Sinne des AHV-Rechts vorliegt.¹⁸ Erst wenn eine solche bejaht würde, könnte die Erwerbstätigkeit als selbstständig oder unselbstständig qualifiziert werden.

[Rz 14] In der Schweiz war Uber Pop in den Städten Basel, Lausanne und Zürich verfügbar. In allen drei Städten wurde der Dienst inzwischen aber eingestellt.¹⁹ Hintergrund waren Verstösse von Uber Pop Fahrern gegen die Bestimmungen der Verordnung über die Arbeits- und Ruhezeit der berufsmässigen Führer von leichten Personentransportfahrzeugen und schweren Personewagen (ARV2; SR 822.222). Gemäss Art. 3 Abs. 1^{bis} ARV2 gelten Fahrten als berufsmässig, wenn sie in Zeitabständen von weniger als 16 Tagen mindestens zweimal durchgeführt werden und für die Fahrt ein Fahrpreis zu entrichten ist, der die Fahrzeugkosten und den Auslagenersatz des Fahrzeugführers übersteigt. Zahlreiche Uber Pop Fahrer wurden bei Polizeikontrollen dahingehend überführt, dass sie entgegen der geltend gemachten fehlenden Gewinnabsicht in Wahrheit berufsmässig Personentransporte durchgeführt, sich aber nicht an die entsprechenden Kontrollbestimmungen (Art. 14 ff. ARV2) gehalten hatten.

[Rz 15] Mangels Relevanz für die Schweiz wird keine vertiefte Prüfung des Uber Pop Service zur Frage vorgenommen, ob es sich dabei um eine Erwerbstätigkeit oder lediglich um eine Unkostendeckung handelt. Summarisch betrachtet dürfte eine Erwerbstätigkeit dann zu verneinen sein, wenn gestützt auf die konkreten wirtschaftlichen Tatsachen nachgewiesen werden kann, dass die Tätigkeit nicht auf die Erzielung wirtschaftlicher Vorteile gerichtet ist.²⁰ Auf die subjektive Erwerbsabsicht kommt es gerade nicht an.²¹ Bei einer reinen Unkosten-Fahrgemeinschaft würde die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Fahrerin gerade nicht erhöht, weshalb eine Erwerbstätigkeit im AHV-rechtlichen Sinne zu verneinen wäre. Jedoch scheint es sich faktisch nicht selten gerade anders verhalten zu haben, ansonsten der Dienst nicht hätte eingestellt werden müssen.

[Rz 16] Für den (möglichen) Fall eines Relaunches von Uber Pop oder eines ähnlichen Angebots in der Schweiz ist festzuhalten, dass sich für die nachgelagerte – und hauptsächlich strittige – Frage der Qualifikation des Beitragsstatuts als selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit keine Unterschiede zu Uber X oder Uber Black ergeben. Die nachfolgenden Ausführungen zu Uber X und Uber Black sind – mit ganz geringfügigen Abweichungen – übertragbar; immer unter der Annahme, dass objektiv betrachtet eine Erwerbstätigkeit vorliegt, was gemäss dem eigentlichen Konzept der Unkostendeckung ja gerade nicht der Fall sein sollte.

¹⁸ Vgl. dazu THOMAS GÄCHTER, Die Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit, in: Paul Richli (Hrsg.), Aktuelle Fragen des Sozialversicherungs- und Migrationsrechts aus der Sicht der KMU, Zürich/Basel/Genf 2009, S. 1 ff., 7 f.; KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 17 ff., welche dies in der Folge für Uber Pop Fahrer verneint.

¹⁹ In Basel per Juli 2018, in Lausanne per März 2018 und in Zürich per August 2017; vgl. die verschiedenen Mitteilungen in den Medien, z.B. «Uber verzichtet in der Schweiz auf umstrittenen Pop-Service», in: NZZ vom 13. Dezember 2017.

²⁰ Siehe hinten Rz. 26.

²¹ BGE 128 V 20, E. 3b; GÄCHTER (Fn. 18), S. 7; vgl. nachfolgend Rz. 26.

3. Vertragliche Richtlinien und Empfehlungen für Uber-Fahrer

[Rz 17] Von grosser Bedeutung für die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation sind u.a. rechtliche (vertragliche) oder faktisch vorhandene Rechte und Pflichten der Uber-Fahrer. Eine diesbezüglich wichtige Grundlage stellt einerseits der bereits erwähnte Dienstleistungsvertrag zwischen Uber und den Fahrerinnen und Fahrern von Uber X und Uber Black dar (vgl. 9). Im Kapitel 3. (Ziff. 3.1–3.3) werden die «Anforderungen an Fahrer und Fahrzeuge» aufgelistet. Bereits in Ziff. 2.2 «Erbringung von Beförderungsdienstleistungen» wird als Empfehlung eine 10-minütige Wartezeit auf den Fahrgast statuiert.²²

[Rz 18] Ein weiteres Dokument, das öffentlich einsehbar ist und sowohl Fahrgäste als auch für Uber-Fahrer betrifft, sind die «Uber Community-Richtlinien».²³ Darin werden unter dem Titel «Gründe für den Verlust des Zugangs zur Uber Plattform als Fahrer» diverse Empfehlungen hinsichtlich Qualität, Bewertung, Stornierungsrate, Annahmequote und Sicherheit ausgeführt.

[Rz 19] Uber hält in diesen Richtlinien auch fest, dass eine Ablehnung eines Fahrgastes aufgrund «ihres Fahrtziels oder aufgrund von ethnischer Zugehörigkeit, Religion, Nationalität, Behinderung, sexueller Orientierung, Geschlecht, Personenstand, Geschlechtsidentität, Alter oder einer anderen gesetzlich geschützten Eigenschaft» mit dem Verlust des Zugangs zur Uber App sanktioniert wird.²⁴

[Rz 20] Weiter existieren insgesamt neun für jedermann frei auf dem Internet einsehbare «Trainingsvideos», in denen ein bestimmter Verhaltenskodex und Sicherheitsregeln dargestellt werden.²⁵ Die Videos haben eine Länge zwischen knapp einer und gut drei Minuten und erklären und behandeln die neun thematischen Bereiche: Funktionsweise der Uber-App, Bewertungssystem, Stornierungen, Preisprüfung, Auszahlungen, Fundsachen, Preisdynamik, Empfehlungen an Freunde und Sicherheit.

[Rz 21] Die vertraglich vorgesehenen Pflichten der Uber-Fahrerin sowie die Erläuterungen in den Richtlinien und Trainingsvideos werden an dieser Stelle noch nicht detailliert erläutert. Soweit sie für die sozialversicherungsrechtliche Thematik von Relevanz sind, werden sie zusammen mit allfälligen Konsequenzen für die Uber-Fahrerin direkt bei den fraglichen Kriterien detaillierter besprochen.

Teil 2: Sozialversicherungsrechtliches Unterstellungsrecht²⁶

1. Dreigeteilte Grundordnung

[Rz 22] Das schweizerische AHV-Recht, das in verschiedener Hinsicht die Leitordnung für das gesamte Sozialversicherungsrecht darstellt, kennt drei unterschiedliche Beitragsstatute: *Nicht-erwerbstätigkeit*, *unselbstständige Erwerbstätigkeit* und *selbstständige Erwerbstätigkeit*.

²² Vgl. die umfassende Aufzählung der Pflichten bei KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 4–7.

²³ Uber Community-Richtlinien, online abrufbar unter: www.uber.com/de-CH/legal/community-guidelines/ch-de/ (Stand vom 13. April 2017).

²⁴ Uber Community-Richtlinien (Fn. 23), S. 8.

²⁵ Trainingsvideo, online abrufbar unter: www.uber.com/de-CH/drive/resources/fahrer-videos/.

²⁶ Die Ausführungen entsprechen weitgehend, aber in gekürzter Form: GÄCHTER (Fn. 18), S. 2 f.; THOMAS GÄCHTER/MICHAEL E. MEIER, Entschädigungen für wissenschaftliche Publikationen – massgebender Lohn oder selbständiges Erwerbseinkommen?, SZS 1/2018, S. 40 ff., 42.

[Rz 23] Diese Dreiteilung der Versicherten ist abschliessend. Im Gegensatz zu ausländischen Systemen wird bei den Erwerbstätigen lediglich zwischen Selbstständigen und Unselbstständigen unterschieden. Zwischenkategorien wie Gewerbetreibende, neue Selbstständige, Künstler oder Freiberufler, wie sie in den Nachbarländern Deutschland und Österreich vorkommen, gibt es nicht. Das Schema der Zweiteilung innerhalb der Erwerbstätigen zwischen Selbstständigen und Unselbstständigen nimmt – auf der Ebene der Unterstellung – grundsätzlich keine weitere Rücksicht auf die sozioökonomische Schutzbedürftigkeit. So sind der Bürogehilfe und die Direktorin einer Bank trotz wirtschaftlich unterschiedlicher Verhältnisse als unselbstständig zu qualifizieren. Ebenso untersteht der Strassenmusiker, der sich finanziell knapp über Wasser hält, dem gleichen Sozialversicherungsstatut der Selbstständigkeit wie der selbstständige Staranwalt mit Spitzeneinkommen.

[Rz 24] Angesichts der grossen Unterschiede innerhalb der verschiedenen Gruppen von Versicherten erstaunt es denn auch nicht, dass die sozialversicherungsrechtliche Unterscheidung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Beschäftigung nicht selten im Widerspruch zu einer ersten, intuitiven Einteilung steht.

2. Begriff der Erwerbstätigkeit

[Rz 25] Der Begriff der Erwerbstätigkeit wird trotz seiner grossen Bedeutung weder im ATSG noch in den Einzelgesetzen definiert. Die Qualifikation als «Erwerbstätigkeit» richtet sich in allen Sozialversicherungszweigen nach dem *AHV-Recht*. Dabei ist unbestritten, dass der Begriff der Erwerbstätigkeit aus AHV-rechtlicher Sicht *eigenständig*, d.h. ohne direkte Anlehnung an das Privat- oder Steuerrecht definiert werden muss.²⁷

[Rz 26] Erwerbstätig ist nach der Praxis eine Person, die mit dem Ziel handelt, ihre *wirtschaftliche Leistungsfähigkeit* zu *erhöhen*.²⁸ Der Begriff der Erwerbstätigkeit setzt demnach die Ausübung einer auf die Erzielung von Einkommen gerichteten (persönlichen) *Tätigkeit* voraus.²⁹ Als Handlung gilt jede Art von Tätigkeit, insbesondere der Einsatz von Arbeitskraft.³⁰ Die Handlung muss systematisch und planmässig auf den Zufluss wirtschaftlicher Güter, d.h. auf die Erzielung von Einkommen, gerichtet sein.³¹ Für die Beantwortung der Frage, ob Erwerbstätigkeit vorliegt, kommt es jedoch *nicht* darauf an, ob die betreffende Person eine *Erwerbsabsicht* für sich

²⁷ PETER BINSWANGER, Kommentar zum Bundesgesetz über die Alters- und Hinterlassenenversicherung, Zürich 1950, S. 34; siehe auch RETO BÖHI, Der unterschiedliche Einkommensbegriff im Steuerrecht und im Sozialversicherungsrecht und seine Auswirkungen auf die Beitragserhebung, Diss. Bern 2001, S. 96 f.; HANSPETER KÄSER, Unterstellung und Beitragswesen in der obligatorischen AHV, 2. Aufl., Bern 1996, Rz. 3.5.

²⁸ BGE 128 V 20, E. 3b; UELI KIESER, Alters- und Hinterlassenenversicherung, Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Sozialversicherungsrecht, 3. Aufl., Zürich 2012, S. 21; THOMAS LOCHER/THOMAS GÄCHTER, Grundriss des Sozialversicherungsrechts, 4. Aufl., Bern 2014, S. 161 f.

²⁹ Etwa BGE 128 V 20, E. 3b; BGE 125 V 383, E. 2a.

³⁰ Siehe für die Begründung dieser Voraussetzung aus historischer Sicht BÖHI (Fn. 27), S. 89 ff., S. 92 f.; mit systematischen Erwägungen BINSWANGER (Fn. 27), S. 34.

³¹ PIERRE-YVES GREBER/JEAN-LOUIS DUC/GUSTAVO SCARTAZZINI, Commentaire des articles 1 à 16 de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS), Basel/Frankfurt a.M. 1997, N. 7 ff. zu Art. 4; LOCHER/GÄCHTER (Fn. 28), S. 156 f.

in Anspruch nimmt.³² Diese muss vielmehr aufgrund der konkreten wirtschaftlichen Tatsachen nachgewiesen sein.³³

[Rz 27] Die Abgrenzung zwischen Erwerbstätigkeit und Nichterwerbstätigkeit kann v.a. in *der Gründungsphase von Einzelunternehmungen Schwierigkeiten* bereiten. Hier ist oft noch nicht deutlich, ob es sich bei einer Tätigkeit, die z.B. neben einer anderen begonnen wird, tatsächlich bereits um eine Erwerbstätigkeit im beschriebenen Sinn oder aber um eine blosser Liebhaberei handelt. Spätestens ab dem Zeitpunkt, in dem die Einnahmen die Geringfügigkeitsgrenze überschreiten und eine gewisse Planmässigkeit aufweisen, ist die Tätigkeit als Erwerbstätigkeit zu betrachten und entweder als selbstständig oder als unselbstständig zu qualifizieren.

3. Tätigkeitsspezifisches Beitragsstatut

[Rz 28] Das Beitragsstatut bestimmt sich tätigkeitsspezifisch, d.h. bezogen auf das Beitragsobjekt und nicht für jede Person einheitlich (subjektspezifisch). Für *jede einzelne Tätigkeit einer versicherten Person wird separat bestimmt*, ob es sich um eine Erwerbstätigkeit handelt und ob diese Erwerbstätigkeit als selbstständig oder unselbstständig gilt. Es ist damit durchaus möglich, dass jemand, der aufgrund seiner Hauptbeschäftigung als Arbeitnehmer versichert ist, für eine Nebenbeschäftigung als selbstständig erwerbend gilt (vgl. Art. 12 Abs. 2 des Bundesgesetzes über den Allgemeinen Teil des Sozialversicherungsrechts [ATSG]).³⁴

[Rz 29] Bei der Qualifizierung der Erwerbstätigkeit eines Uber-Fahrers spielt es somit keine Rolle, ob der betreffende Fahrer neben seiner Fahrertätigkeit für Uber auch noch weitere, selbstständige oder unselbstständige, Erwerbstätigkeiten ausübt. Im Zentrum der Betrachtung stehen einzig die Einkommen, die der Uber-Fahrer aus seiner Tätigkeit im Zusammenhang mit Uber generiert.

4. Abgrenzung selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit

4.1 Im Allgemeinen

[Rz 30] Die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit gehört zu den schwierigen und häufig umstrittenen Fragen des Sozialversicherungsrechts. Die Gesetzgebung hat der Praxis bei der Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit bewusst *einen grossen Spielraum* eingeräumt.³⁵ Auf diese Weise soll auf die Vielfalt der Beschäftigungsformen und veränderte wirtschaftliche Gegebenheiten reagiert werden können.³⁶ Zudem

³² Z.B. GABRIELA RIEMER-KAFKA, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 6. Aufl., Bern 2018, Rz. 4.25.

³³ BGE 128 V 20, E. 3b; BGE 125 V 383, E. 2a; siehe auch BÖHI (Fn. 27), S. 101 ff.; GREBER/DUC/SCARTAZZINI (Fn. 31), N. 8 zu Art. 4; KÄSER (Fn. 27), Rz. 3.12; zum Ganzen auch PETER FORSTER, AHV-Beitragsrecht, Materiell- und verfahrensrechtliche Grundlagen, Abgrenzung zwischen selbstständig und unselbstständig erwerbstätigen Personen, Zürich/Basel/Genf 2007, S. 62 f.

³⁴ Bundesamt für Sozialversicherung BSV, Wegleitung über den massgebenden Lohn in der AHV, IV und EO (WML), Stand: 1. Januar 2018, abrufbar unter: (www.bsvlive.admin.ch/vollzug/documents/view/361/lang:deu/category:22); (<https://www.bsvlive.admin.ch/vollzug/documents/view/361/lang:deu/category:22>), Rz. 1025; KIESER (Fn. 3), N 21 zu Art. 10, N 12 zu Art. 12.

³⁵ FORSTER (Fn. 33), S. 69 ff.; KIESER (Fn. 3), N 18 f. zu Art. 10.

³⁶ KIESER (Fn. 3), N 18 f. zu Art. 10; vgl. ALFRED MAURER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, Band II: Besonderer Teil (Sozialversicherungszweige), 2. Aufl., Bern 1988, S. 137.

können insofern «Missbräuche» vermieden werden, als nicht zu Ungunsten von Versicherten, die faktisch unselbstständig sind, eine selbstständige Erwerbstätigkeit angenommen wird.³⁷

4.2 Exkurs: Auf bestimmte oder unbestimmte Zeit geleistete Arbeit

[Rz 31] Die Definition des Arbeitnehmerbegriffs gemäss Art. 10 ATSG enthält keine explizite Zeitkomponente als Tatbestandsmerkmal:

«Als Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer gelten Personen, die in unselbstständiger Stellung Arbeit leisten und dafür *massgebenden Lohn* nach dem jeweiligen Einzelgesetz beziehen».

Mit dem massgebenden Lohn verweist der Gesetzgeber jedoch auf Art. 5 des Bundesgesetzes über die Alter- und Hinterlassenversicherung (AHVG), der in Abs. 2 festhält, dass als massgebender Lohn jedes Entgelt für in unselbstständiger Stellung auf *bestimmte oder unbestimmte Zeit* geleistete Arbeit gilt.³⁸

[Rz 32] Diese Formulierung könnte den Anschein erwecken, dass es per se nur als unselbstständige Erwerbstätigkeit (massgeblicher Lohn) gelten könne, wenn einem Arbeitgeber *Arbeitszeit* zur Verfügung gestellt wird. Bei der Schaffung des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenversicherung (AHVG) sollte dem zeitlichen Element in Art. 5 Abs. 2 AHVG auch eine eigenständige Bedeutung zukommen, um eine Abgrenzung des Entgelts aus unselbstständiger Erwerbstätigkeit gegenüber Einkünften aus Werkverträgen und Aufträgen zu vereinfachen.³⁹ Jedoch wurde bereits bei der Ausarbeitung des AHVG *bewusst darauf verzichtet*, sämtliches Einkommen aus Werkverträgen und Aufträgen pauschal einer selbstständigen Erwerbstätigkeit zuzuordnen.⁴⁰ Dies vor dem Hintergrund, dass in Zweifelsfällen eine *einzelfallbezogene Prüfung* vorgenommen werden müsse, bei der insbesondere auch die Weisungsunterworfenheit sowie das Tragen eines wirtschaftlichen Risikos (vgl. nachfolgend Rz. 39, 43) berücksichtigt werden müsse.⁴¹

[Rz 33] In der Analyse der bundesgerichtlichen Praxis der letzten knapp 50 Jahre fällt auf, dass in sämtlichen publizierten Entscheiden das *zeitliche Element* bei der Abgrenzung, ob eine selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, *durchgehend keine Rolle gespielt hat*.⁴² In strittigen Fällen wurde stets (nur) auf die nachfolgend unter Ziff. 4.3 ausgeführten Abgrenzungskriterien abgestellt.⁴³

[Rz 34] Eine singuläre Betrachtung und das alleinige Abstellen auf das Zeitelement ohne die Beachtung der nachfolgend in Ziff. 4.3 ausgeführten Kriterien fallen u.E. auch deshalb bereits

³⁷ Dazu etwa Böhi (Fn. 27), S. 110 f.

³⁸ KIESER (Fn. 3), N 20 zu Art. 10.

³⁹ BINSWANGER (Fn. 27), S. 40 f.; KÄSER (Fn. 27), Rz. 4.13.

⁴⁰ BINSWANGER (Fn. 27), S. 41.

⁴¹ BINSWANGER (Fn. 27), S. 41.

⁴² Angefangen bei BGE 97 V 134, E. 2; BGE 98 V 18, E. 2; BGE 101 V 252, E. 1a; BGE 104 V 126, E. 3a; BGE 110 V 72, E. 4a; BGE 114 V 65, E. 2a; BGE 115 V 1, E. 3a; BGE 119 V 161, E. 2; BGE 122 V 169, E. 3a, 3c; BGE 123 V 161, E. 1; Urteil des Bundesgerichts 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018 E. 4.2, zur Publ. vorgesehen.

⁴³ WML (Fn. 34), Rz. 1004–1006, zur konkreten Würdigung, Rz. 1013 ff.; vgl. KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 19 ff., die sich kritisch zur «vernachlässigten» Betrachtung des Zeitelements äussert und gestützt darauf bereits eine unselbstständige Erwerbstätigkeit von Uber-Fahrer verneinen möchte.

ausser Betracht, weil damit die (wertvolle) sozialversicherungsrechtlich *autonome Feststellung des Beitragsstatuts unterlaufen würde*. Nach ständiger Rechtsprechung beurteilt sich die Frage, ob im Einzelfall selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit vorliegt, nämlich *nicht aufgrund der Rechtsnatur des Vertragsverhältnisses zwischen den Parteien*.⁴⁴ Sollen Widersprüche mit dieser Praxis vermieden werden, kann bei der Abgrenzung einer selbstständigen Erwerbstätigkeit von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit nicht auf die privatrechtliche Betrachtung abgestellt werden, ob vertraglich primär ein Zeitelement (Arbeitsvertrag) oder ein Erfolgselement (Werkvertrag, evtl. Auftrag) vereinbart wurde; zumal auch letztere Vertragstypen durchaus als unselbstständige Erwerbstätigkeit gelten können.⁴⁵

[Rz 35] In der Lehre und Rechtsprechung wird unter das Kriterium der Arbeitsleistung auf bestimmte oder unbestimmte Zeit öfters auch subsumiert, ob eine Person *regelmässig Arbeitsleistungen* für dieselbe Person oder Firma erbringt.⁴⁶ In solchen Fällen begibt sich die versicherte Person insofern in ein gewisses Abhängigkeitsverhältnis, als bei Dahinfallen dieses Erwerbsverhältnisses eine ähnliche Situation eintritt, *wie dies beim Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist*. Dies hat zur Folge, dass *die regelmässige Tätigkeit* in der Regel AHV-rechtlich als unselbstständige Erwerbstätigkeit gilt.⁴⁷ Dies gilt selbst dann, wenn die übrigen Abgrenzungskriterien nicht oder nur schwach ausgeprägt sind.⁴⁸

4.3 Geltende Abgrenzungskriterien und Methodik

[Rz 36] Die Praxis zur Unterscheidung von selbstständiger und unselbstständiger Stellung ist sehr reich und – aufgrund der *immer wieder betonten Orientierung an den massgeblichen Aspekten jedes Einzelfalls*⁴⁹ – teilweise sehr kasuistisch.⁵⁰ Die Praxis wird zudem in der Lehre sowie in den einschlägigen Weisungen des BSV zusammengefasst (Bundesamt für Sozialversicherungen, Wegleitung über den massgebenden Lohn [WML] in der AHV, IV und EO).⁵¹ Schematisch lassen sich die Grundsätze zur Qualifikation der *unselbstständigen Erwerbstätigkeit*, zu welcher der Begriff der selbstständigen Erwerbstätigkeit komplementär ist, wie folgt zusammenfassen:

[Rz 37]

Als sozialversicherungsrechtlich unselbstständig erwerbend gilt,

⁴⁴ Urteil des Bundesgerichts 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018 E. 4.2, zur Publ. vorgesehen; vgl. nachfolgend Rz. 45.

⁴⁵ WML (Fn. 34), Rz. 1022 und Rz. 1023.

⁴⁶ BGE 122 V 169, E. 3b S. 173; BGE 119 V 161 E. 3b; BINSWANGER (Fn. 27), S. 41; WML (Fn. 34), Rz. 1018.1.

⁴⁷ BGE 122 V 169, E. 3b S. 173; WML (Fn. 34), Rz. 1018.1.

⁴⁸ BGE 119 V 161 E. 3b.

⁴⁹ Z.B. RUDOLF RÜEDI, Die Abgrenzung zwischen selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), Aktuelle Fragen aus dem Beitragsrecht der AHV, St. Gallen 1998, S. 125 ff., 135.

⁵⁰ HEINZ MEYER, Sozialversicherungsbeiträge der Arbeitnehmer und der Selbständigerwerbenden und ihre Abgrenzung, Steuer Revue 1986, S. 237 ff.; DERS., Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit in der AHV, SZS 1984, S. 121 ff., 122; PAUL CADOTSCH, Der AHV-Arbeitnehmerbegriff im Wandel der Zeit, in: Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung und berufliche Vorsorge (SZS) 1990, S. 64 ff., 68 ff.; siehe etwa die Darstellungen der Praxis bei GREBER/DUC/SCARTAZZINI (Fn. 31), N 93 ff. zu Art. 5; KÄSER (Fn. 27), Rz. 3.37 ff.

⁵¹ WML (Fn. 34), Rz. 1013 ff.

wer in untergeordneter Stellung	auf bestimmte oder unbestimmte Zeit	Arbeit leistet,	ohne ein wirtschaftliches Risiko zu tragen.
Weisungsgebundenheit Rechenschaftspflicht Eingliederung in fremde Arbeitsorganisation	Es genügt bereits eine sehr kurze Arbeitsdauer bzw. «Regelmässigkeit» der Tätigkeit	Ausübung einer auf Erwerb gerichteten Tätigkeit z.B. auch Tragen von Verantwortung oder Arbeitsbereitschaft	Investitionen Kapitaleinsatz Verlustrisiko Inkassorisiko Tragung von Unkosten

[Rz 38] Selbstständigerwerbend ist laut Art. 12 Abs. 1 ATSG, wer Erwerbseinkommen erzielt, das nicht Entgelt für eine als Arbeitnehmerin oder als Arbeitnehmer geleistete Arbeit dient. Der sozialversicherungsrechtliche Status der Selbstständigkeit definiert sich demnach einerseits durch den Zufluss von Erwerbseinkommen und der «Nicht-Qualifikation» der Tätigkeit als unselbstständige Erwerbstätigkeit, d.h. als Arbeitnehmertätigkeit. Die Definition der selbstständigen Erwerbstätigkeit ergibt sich mit anderen Worten negativ aus der Umschreibung der unselbstständigen Erwerbstätigkeit; jede Erwerbstätigkeit, die nicht die spezifischen Merkmale der Unselbstständigkeit erfüllt, gilt somit als selbstständige Erwerbstätigkeit. Der Charakter dieser negativen Umschreibung der Selbstständigkeit ist bereits im AHV-Recht angelegt: Auch dort gilt als Einkommen aus selbstständiger Erwerbstätigkeit jedes Erwerbseinkommen, das nicht Entgelt für in unselbstständiger Stellung geleistete Arbeit darstellt.⁵²

[Rz 39] In methodischer Hinsicht bedeutet die Komplementarität der Definition der Selbstständigkeit, dass in Zweifelsfällen zunächst geprüft werden muss, ob eine unselbstständige Erwerbstätigkeit zu bejahen ist.⁵³ Die soeben dargelegten abstrakten Grundsätze werden in der Praxis mit einer grösseren Zahl von Einzelkriterien konkretisiert. Zu diesen Einzelkriterien zählen nach der Aufzählung KIESERS⁵⁴ etwa:⁵⁵

[Rz 40]

Kriterien Unselbstständigkeit	Kriterien Selbstständigkeit
-------------------------------	-----------------------------

⁵² Art. 9 Abs. 1 des Bundesgesetzes über die Alters- und Hinterlassenenversicherung vom 20. Dezember 1946 (AHVG; SR 831.10); vgl. FORSTER (Fn. 33), S. 83 ff.; KIESER (Fn. 3), N 4 f. zu Art. 12.

⁵³ Was aber nicht bedeutet, dass eine Vermutung zu Gunsten der Qualifikation als unselbstständige Erwerbstätigkeit besteht; siehe WML (Fn. 34), Rz. 1020.

⁵⁴ UELI KIESER, Schweizerisches Sozialversicherungsrecht, 2. Aufl., St. Gallen/Zürich 2017, Rz. 45, mit Hinweisen auf entsprechende Leitentscheide.

⁵⁵ Siehe auch UELI KIESER, Die Abgrenzung der selbstständigen von der unselbstständigen Erwerbstätigkeit (unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen bei der Invaliditätsbemessung). Eine Würdigung einiger neuester Entscheide des Eidgenössischen Versicherungsgerichts, in: René Schaffhauser/Ueli Kieser (Hrsg.), Invalidität von Selbstständigerwerbenden, St. Gallen 2007, S. 9 ff., 17 f.

<ul style="list-style-type: none"> • Fehlen von erheblichen Investitionen 	<ul style="list-style-type: none"> • Haftung gegenüber Drittpersonen
<ul style="list-style-type: none"> • Keine Bezahlung von Angestelltenlöhnen 	<ul style="list-style-type: none"> • Führen eines Betriebes mit Angestellten in eigenen Geschäftsräumlichkeiten
<ul style="list-style-type: none"> • Keine massgebliche Entscheidungsbefugnis über Investitionen und Personalfragen 	<ul style="list-style-type: none"> • Gleichstellung gegenüber derjenigen Person, welche den Auftrag erteilt hat
<ul style="list-style-type: none"> • Wesentliche Abhängigkeit des Einkommens von der Präsenzzeit, nicht hingegen vom Umfang und Art der zu verrichtenden Arbeit 	<ul style="list-style-type: none"> • Erfolgsgebundene Entschädigung / Chance auf Gewinn / Risiko des Verlustes
<ul style="list-style-type: none"> • Pflicht, sich an Weisungen zu halten 	<ul style="list-style-type: none"> • keine Entgegennahme von Weisungen
<ul style="list-style-type: none"> • Keine Pflicht, Aufträge zu akquirieren 	<ul style="list-style-type: none"> • Inkassorisiko / Delkredererisiko
<ul style="list-style-type: none"> • Bindung an einen Arbeitsplan (Präsenzzeit), Benützung firmeneigener Einrichtungen 	<ul style="list-style-type: none"> • Wahl der Arbeitszeit und des Arbeitsorts
<ul style="list-style-type: none"> • Regelmässige Arbeit für denselben Arbeitgeber 	<ul style="list-style-type: none"> • Möglichkeit, gleichzeitig für mehrere Gesellschaften in eigenem Namen tätig zu sein
<ul style="list-style-type: none"> • Eingehende Festlegung der Arbeitsorganisation durch Reglement, Festlegung der Entschädigung nach einem Tarif 	<ul style="list-style-type: none"> • Gesetzlich vorgesehene Unabhängigkeit und Weisungsungebundenheit

<ul style="list-style-type: none"> • Regelmässige Auszahlung der zu qualifizierenden Entschädigungen 	<ul style="list-style-type: none"> • Heranziehen der betreffenden Person von Fall zu Fall
<ul style="list-style-type: none"> • kein Tragen erheblicher Unkosten 	<ul style="list-style-type: none"> • Tragen von Geschäftskosten
<ul style="list-style-type: none"> • Arbeit wird kontrolliert und bewertet / Entlohnung ist abhängig von der Zielerreichung 	<ul style="list-style-type: none"> • Keine abhängige Kontrolle / eigene Festlegung der Ziele und der Qualitätssicherung
<ul style="list-style-type: none"> • Auftritt in fremdem Namen 	<ul style="list-style-type: none"> • Auftritt und Akquise unter eigenem Namen

[Rz 41] Auch wenn diese Kriterien auf unterschiedlicher Abstraktionsstufe angesiedelt sind und sich teilweise überschneiden, liefern sie doch für die meisten Fälle Argumente für die Qualifikation einer bestimmten Erwerbstätigkeit. Die Kriterien dürfen hingegen *nicht schematisch angewendet* werden. Sie bilden vielmehr Argumente in Abwägungssituationen, in denen die Qualifikation nicht von Anfang an klar erkennbar ist. *Im Zentrum steht der Einzelfall* (vgl. Rz. 36).⁵⁶

[Rz 42] Darin liegt gleichzeitig die grosse Schwierigkeit und die grosse Stärke der sozialversicherungsrechtlichen Methodik. Schwierig ist sie deshalb, weil klare Grenzen und schematisch anmutende Checklisten zwecks Unterscheidung fehlen. Auch eine – in der Praxis oft erwünschte – Pauschalisierung ist nur bis zu einem gewissen Grad möglich, weil nicht auf formale Vertrags-elemente oder starre Strukturen abgestellt werden kann. Dafür kann mit diesem Ansatz auf die Vielfalt der Beschäftigungsformen und veränderte wirtschaftliche Gegebenheiten reagiert werden, weil sich auch solche neue Beschäftigungsformen wirtschaftlich und funktional durch wiederkehrend dieselben Faktoren und Parameter auszeichnen und einordnen lassen. Es bedarf gerade keiner formalen Gesichtspunkte (wie z.B. eines schriftlichen Arbeitsvertrags), sondern *es zählt die wirtschaftliche Gesamtbetrachtung des Umfelds*, in dem das Erwerbseinkommen erzielt wurde.

[Rz 43] Die Praxis erachtet dabei das *Unternehmerrisiko* als Hauptmerkmal der selbstständigen Erwerbstätigkeit. Dagegen stellt das *Abhängigkeitsverhältnis* vom Arbeitgeber das zentrale Charakteristikum der unselbstständigen Erwerbstätigkeit dar.⁵⁷

⁵⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018, E. 4.2, zur Publ. vorgesehen; z.B. NDIYA ONUOHA, Umgang mit der Digitalisierung aus sozialversicherungsrechtlicher Perspektive, AJP 2018, S. 327 ff., 328.

⁵⁷ Z.B. RAPHAEL LANZ, Die Abgrenzung der selbstständigen und unselbstständigen Erwerbstätigkeit im Sozialversicherungs-, Steuer- und Zivilrecht, Aktuelle Juristische Praxis 1997, S. 1463 ff., 1468 ff.; RÜEDI (Fn. 49), S. 133 f. Für eine etwas andere Rangfolge der Kriterien MEYER, Abgrenzung (Fn. 50), S. 124 ff.

[Rz 44] Falls gleichzeitig Merkmale sowohl der selbstständigen wie auch der unselbstständigen Erwerbstätigkeit vorliegen, muss entschieden werden, welche Merkmale im konkreten Fall *überwiegen*.⁵⁸

[Rz 45] Es besteht jedoch keine Vermutung für selbstständige oder unselbstständige Erwerbstätigkeit.⁵⁹ Zudem ist das zivilrechtliche Verhältnis (Auftrag, Werkvertrag etc.) für das Sozialversicherungsrecht nicht massgeblich.⁶⁰

[Rz 46] Bei aller Flexibilität und Vagheit, die das schweizerische System der sozialversicherungsrechtlichen Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger Erwerbstätigkeit aufweist, ist festzuhalten, dass *am Ende eine klare Entscheidung fallen muss*. Das «Modell Uber» mag technisch revolutionär sein und sich – wie nachfolgend aufgezeigt wird – an einzelnen Stellen nicht immer in die klassische Gliederung einfügen.⁶¹ Trotzdem besteht letztlich nur die Möglichkeit, die Tätigkeit für Uber als selbstständige oder als unselbstständige Erwerbstätigkeit zu qualifizieren, mit allen rechtlichen Implikationen, die aus dieser Abgrenzung fliessen.

Teil 3: Qualifikation der Erwerbstätigkeit der Uber-Fahrer

1. Unternehmerisches Risiko der Uber-Fahrer

1.1 Massgeblichkeit des Kriteriums bei Uber-Fahrern?

[Rz 47] Vorweg ist auf die spezielle bundesgerichtliche Praxis im Bereich von Dienstleistungstätigkeiten hinzuweisen, *für deren Ausübung keine besonderen Investitionen und Angestelltenlöhne zu bezahlen sind*. Bei solchen Dienstleistungstätigkeiten tritt das Unternehmensrisiko *als massgebliches Unterscheidungsmerkmal* gegenüber demjenigen der betriebswirtschaftlich-arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit *praxisgemäss in den Hintergrund*.⁶²

[Rz 48] Bejaht wurde dies z.B. bei selbstständig erwerbstätigen Autoren. Offen gelassen wurde es jüngst bei einer als unselbstständig qualifizierten Psychotherapeutin, wobei dort nicht die (investitionsarme) Tätigkeit als Therapeutin Anlass zur Diskussion gab, sondern der Umstand, dass von Seiten des als Arbeitgeber qualifizierten Instituts erhebliche finanzielle und personelle Aufwendungen erbracht wurden.⁶³

[Rz 49] In diesem Zusammenhang ist ein Blick auf die bisherigen «Taxi-Entscheide» wertvoll. In diesen wurde jeweils das Vorliegen eines massgeblichen Unternehmensrisikos geprüft und die

⁵⁸ BÖHI (Fn. 27), S. 122; RIEMER-KAFKA (Fn. 32), Rz. 4.34; LOCHER/GÄCHTER (Fn. 28), S. 165, mit Hinweis auf den Entscheid des EVG vom 31. Juli 2001 (AHI 2001, 256 E, 2a). Nicht bestätigt wurde in der Praxis die Ansicht (z.B. GREBER/DUC/SCARTAZZINI [Fn. 31], N 113 zu Art. 5), nach welcher das Fehlen der untergeordneten Stellung und des Unternehmerrisikos *als kumulative Voraussetzungen* für die Annahme einer selbstständigen Erwerbstätigkeit gelten.

⁵⁹ WML (Fn. 34), Rz. 1020.

⁶⁰ Urteil des Bundesgerichts 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018, E. 4.2, zur Publ. vorgesehen; ONUOHA (Fn. 56), S. 328.

⁶¹ Vgl. für das Arbeitsrecht JEREMIAS PRASSL/MARTIN RISAK, Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers?, Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork, Comparative Labor Law & Policy Journal, Vo. 37, Issue 3; Oxford Legal Studies Research Paper No. 8/2016, February 16, 2016 (<https://ssrn.com/abstract=2733003>), S. 3.

⁶² Urteil des Bundesgerichts 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018, E. 6.2.2, zur Publ. vorgesehen; GÄCHTER/MEIER (Fn. 26), S. 49, m.w.H. in Fn. 33; WML (Fn. 34), Rz. 1018.

⁶³ Urteil des Bundesgerichts 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018, E. 6.2.2, zur Publ. vorgesehen.

resultierenden Schlussfolgerungen der abschliessenden Beurteilung zu Grunde gelegt.⁶⁴ Praxisgemäss ist somit die Qualifikation der Erwerbstätigkeit eines Uber-Fahrers unter Einbezug des Merkmals des unternehmerischen Risikos (inkl. aller darunter gefassten Indikatoren) vorzunehmen.

1.2 Erhebliche Investitionen

a) Anschaffung eines Fahrzeuges

[Rz 50] Bei Uber-Fahrern dürfte regelmässig als finanzielle Hauptinvestition das zum Personen-transport genutzte Fahrzeug zur Diskussion stehen, da dieses im Neuzustand in der Regel einen fünfstelligen Frankenbetrag ausmacht. Für Uber Black Fahrer gilt dies im besonderen Masse, da Uber bei dieser Kategorie ein schwarzes Fahrzeug der Oberklasse (Mercedes S Klasse, Tesla S/X, Audi A8, BMW 7) vorschreibt.⁶⁵

[Rz 51] Das Bundesgericht hat sich in der Vergangenheit im Zusammenhang mit Taxifahrern bereits mehrfach dezidiert zur Investition in ein beruflich genutztes Fahrzeug geäussert. Dabei wurde der Kauf eines (CHF 50'000 teuren) Fahrzeuges *nicht als erhebliche Investition im Sinne eines Indizes für eine selbstständige Tätigkeit anerkannt, selbst wenn berufliche Gründe die Anschaffung erfordern*.⁶⁶ Zur Begründung führte das Bundesgericht jeweils aus, dass das Fahrzeug auch ausserhalb der Taxifahrten uneingeschränkt zu privaten oder anderen erwerblichen Zwecken eingesetzt werden kann. Die Anschaffungspreise der Motorfahrzeuge stehen zudem nicht in einem Missverhältnis zu den Kosten von einzig zu privaten Zwecken angeschafften Fahrzeugen und die Entscheidung für den Erwerb eines Neu- oder eines Gebrauchtwagens liegt bei den Taxihaltern.⁶⁷

[Rz 52] Diese zu Taxifahrern und Taxifahrzeugen ergangene Rechtsprechung hat u.E. *uneingeschränkt auch für Uber-Fahrer Geltung*.⁶⁸ Die von Uber-Fahrern verwendeten privaten Fahrzeuge sind gegen aussen nicht speziell gekennzeichnet. Anders als herkömmliche Taxifahrzeuge muss zur privaten Verwendung nicht einmal die Taxileuchttafel demontiert werden.⁶⁹ Dies gilt auf jeden Fall für die Fahrer von Uber X, da diesen keine bestimmte, besonders teure, Fahrzeugkategorie vorgeschrieben wird und sich deshalb die Fahrzeuge kaum von herkömmlichen Taxis unterscheiden dürften. Bei Uber Black werden deutlich höhere Anforderungen an das Fahrzeug gestellt. Allerdings sprengen entsprechende Gebrauchtfahrzeuge auch in den gefragten Klassen das in der Rechtsprechung bisher erwähnte Budget (bis CHF 50'000) nicht. Zudem gelten die Ausführungen zur privaten Verwendung ohne Weiteres auch für höherpreisige Fahrzeuge.⁷⁰

⁶⁴ Im Urteil 8C_571/2017 vom 9. November 2017 findet sich eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Merkmal des Unternehmensrisikos (E. 4.1 f.). Im früheren Urteil des Bundesgerichts 8C_357/2014 vom 17. Juni 2014 fand die Prüfung nur summarisch statt (E. 4.2).

⁶⁵ Driver Guide, Voraussetzungen, abrufbar unter: www.uber.com/de-CH/drive/zurich/vehicle-requirements.

⁶⁶ Urteil des Bundesgerichts 8C_571/2017 vom 9. November 2017, E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 8C_357/2014 vom 17. Juni 2014, E. 4.2; KÄSER (Fn. 27), Rz. 4.16.

⁶⁷ Urteil des Bundesgerichts 8C_571/2017 vom 9. November 2017, E. 4.1; KÄSER (Fn. 27), Rz. 4.16; WML (Fn. 34), Rz. 4120.

⁶⁸ GL.M. KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 22, KIESER (Fn. 6), S. 12.

⁶⁹ Was auch kein hinreichender Grund für die Annahme einer rein beruflichen Verwendung wäre, vgl. Urteil des Bundesgerichts 8C_571/2017 vom 9. November 2017, E. 4.1.

⁷⁰ Dies im Unterschied zu einem LKW, der privat kaum sinnbringend eingesetzt werden kann.

b) Unterhalt des Fahrzeuges

[Rz 53] Selbst wenn kein neues Fahrzeug angeschafft werden muss, verursacht dessen Benützung Unterhaltskosten. Dazu gehören die Prämien für die obligatorische Haftpflichtversicherung und allfällige Kaskoversicherungen, Service- und Reparaturkosten, Strassenverkehrsabgaben und Steuern, Reifen usw. Wird das Fahrzeug beruflich für Transporte eingesetzt, resultieren im Vergleich zu einer privaten Nutzung auch höhere Kosten in Form von höheren Versicherungsprämien, kürzeren Serviceintervallen, höherem Verschleiss etc.

[Rz 54] Lehre und Rechtsprechung behandeln die Frage des Unterhaltes genau gleich wie die Anschaffung eines Fahrzeuges und zählen sie bei (privat nutzbaren) Personenfahrzeugen nicht zu den massgeblichen Investitionen.⁷¹ Grundsätzlich ist diese Betrachtung folgerichtig, weil jedes angeschaffte Fahrzeug notwendigerweise auch Unterhaltskosten nach sich zieht. Es wäre daher wenig einleuchtend, die Anschaffung eines Fahrzeuges nicht als massgebliche Investition zu werten, die damit zusammenfallenden Unterhaltskosten dagegen schon. Diskutiert werden könnte einzig derjenige Teil an Unterhaltskosten, der *ausschliesslich auf die berufliche (Mehr-)Verwendung* des Fahrzeugs zurückzuführen ist und eine *private Nutzung offensichtlich übersteigt*. In diesem Fall wäre von rein beruflich bedingten Unkosten auszugehen, die – sofern sie durch den Uber-Fahrer zu bezahlen sind – allenfalls als Investition angesehen werden könnten. Nebst wenig praktikablen Abgrenzungsschwierigkeiten dürfte es sich dabei auch nicht um derart namhafte Beträge handeln, als dass die vorausgesetzte Erheblichkeit der Investition erfüllt wäre.⁷²

1.3 Beschäftigung von eigenem Personal

[Rz 55] Die Beschäftigung von eigenem Personal gilt als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit, da im Falle eines Ausbleibens von Aufträgen die Löhne durch die Arbeitgeberin dennoch bezahlt werden müssen und eine Kündigung erst nach einer Kündigungsfrist wirksam wird. Dadurch entsteht ein finanzielles Risiko für die Arbeitgeberin, wenn sie keine Arbeit für ihre Mitarbeiter hat. Damit das Kriterium des eigenen Personals greift, muss dieses folglich bei der Uber-Fahrerin angestellt sein; und zwar mit einem Vertrag, *der dem angestellten Personal unabhängig vom Erfolg eine Entschädigung garantiert*. Arbeitet das angestellte Personal zu 100% auf Provision, auf Abruf ohne garantiertes Mindestpensum oder im Akkordlohn, kann nicht von einem finanziellen Risiko für die anstellende Uber-Fahrerin gesprochen werden, da ihr für ihr Personal bei fehlender Auftragslage keine Kosten entstehen und sie somit kein oder nur ein sehr geringes unternehmerisches Risiko tragen muss.

[Rz 56] Uber dagegen dürfte sehr wohl eigenes Personal angestellt haben, nur schon für den technischen Unterhalt und die Verwaltung der Uber-Software.⁷³ Auch bei der Uber Schweiz GmbH dürfte Personal fest angestellt sein. Die Kosten für dieses Personal trägt Uber vollumfänglich selber. Der einzelne Uber-Fahrerin bezahlt zwar indirekt mit seiner Servicepauschale umsatzabhängig die Benützung der Software und der dazu notwendigen Infrastruktur. Im Falle eines

⁷¹ Urteil des Bundesgerichts 8C_571/2017 vom 9. November 2017, E. 4.1; Urteil des Bundesgerichts 8C_357/2014 vom 17. Juni 2014, E. 4.2; KÄSER (Fn. 27), Rz. 4.16.

⁷² Vgl. KÄSER (Fn. 27), Rz. 4.17.

⁷³ Vgl. KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 24, wo von (teurem) hochspezialisiertem Personal im Sinne von IT-Spezialisten die Rede ist.

Scheiterns des Geschäftsmodells Uber trägt die Uber-Fahrerin aber keinerlei Risiko bezüglich der bei Uber anfallenden Personalkosten.

1.4 Eigene Geschäftsräumlichkeiten

[Rz 57] Anders als bei herkömmlichen Taxigesellschaften bedarf Uber keiner Funkzentrale für die Entgegennahme und Weiterleitung von Fahraufträgen. Der einzelne Uber-Fahrer besitzt normalerweise ebenfalls keine eigenen Geschäftsräumlichkeiten, was in der Natur seiner Tätigkeit liegt.⁷⁴

[Rz 58] Zu beachten gilt, dass Uber die komplette IT-Infrastruktur zur Verfügung stellt. Das Bundesgericht hat diesbezüglich bereits einmal entschieden, dass das Zurverfügungstellen der IT-Infrastruktur und der Software (unter Einsatz von eigenem Personal [Rz. 56]) *ein Indiz gegen eine selbstständige Erwerbstätigkeit* darstellt.⁷⁵

1.5 Inkassorisiko (Delkredererisiko)

[Rz 59] Typisches Merkmal einer selbstständigen Erwerbstätigkeit stellt das Delkredererisiko dar. Darunter wird das Risiko verstanden, dass eine Schuldnerin die ausstehenden Rechnungen nicht begleichen kann und die Forderung trotz geleisteter Arbeit als Verlust abgeschrieben werden muss.

[Rz 60] *Bei Uber besteht weder auf Seiten von Uber noch auf Seiten der Uber-Fahrerin ein ernstzunehmendes Delkredererisiko.*⁷⁶ Die Fahrgäste müssen bei der Anmeldung auf der Uber App eine gültige Kreditkarte hinterlegen. Die Fahrpreise werden direkt auf diese Karte verbucht und von der Kreditkartenfirma an Uber gutgeschrieben. Ein Ausfallrisiko im Sinne eines säumigen oder illiquiden Schuldners besteht damit allenfalls bei der Kreditkartenfirma, nicht aber bei Uber oder der Uber-Fahrerin. Einzig in Fällen der betrügerischen Verwendung einer gestohlenen Kreditkarte könnte es zu einem Forderungsausfall kommen, wenn die Kreditkartenfirma die Zahlung verweigert. In diesen (seltenen) Fällen wäre aber zuerst zu prüfen, ob nicht eine Versicherung für den aufgetretenen Schaden eintreten muss, da der Leistungsempfänger in seinem Vertrauen in den Rechtsverkehr geschützt wird.

1.6 Tragung von Unkosten

[Rz 61] Unkosten sind Auslagen, die den Arbeitnehmenden bei der Ausführung ihrer Arbeiten entstehen. Dazu gehören u.a. Kosten für Verpflegung während der Arbeitszeit, für Arbeitskleidung und Material. Unkosten erwachsen zusätzlich zu den üblichen Lebenshaltungskosten, die in gleicher oder ähnlicher Weise auch ohne Erwerbstätigkeit anfallen. Auslagen für den privaten Lebensunterhalt sind nicht beruflich veranlasst und haben deshalb keinen Unkostencharakter.⁷⁷

[Rz 62] Für die Tätigkeit als Uber-Fahrer ist keine spezielle Berufskleidung und kein spezielles Werkzeug oder Material erforderlich. Die Unterhaltskosten für das Fahrzeug wurden separat be-

⁷⁴ Gl.M. KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 27.

⁷⁵ Urteil des Bundesgerichts 9C_618/2015 vom 22. Januar 2016, E. 2.5.2.

⁷⁶ Gl.M. KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 22.

⁷⁷ WML (Fn. 34), Rz. 3001 ff.

handelt (vgl. vorn Rz. 53 f.). Für den Uber-Fahrer ergeben sich damit kaum nennenswerte Unkosten im Zusammenhang mit seiner Fahrertätigkeit.⁷⁸ Ins Feld geführt werden könnte einzig das internetfähige Mobiltelefon (Smartphone), das der Fahrer zwingend für seine Tätigkeit benötigt. Allerdings dürften die damit verbundenen Kosten nicht als berufliche Unkosten qualifiziert werden können, da sie kaum zusätzlich zu den üblichen Lebenshaltungskosten entstehen. In der heutigen Zeit verfügt beinahe jedermann über ein Smartphone und einen entsprechend – häufig als Flatrate – ausgestalteten Datenplan für das Mobilfunknetz.

1.7 Verlustrisiko

[Rz 63] Zum Verlustrisiko ist festzuhalten, dass Uber-Fahrerinnen keine fixe Entlohnung für ihre Arbeitszeit erhalten. Das betrifft einmal die Tatsache, dass Uber-Fahrerinnen im Gegensatz zu (angestellten) Taxifahrern Standzeiten, in denen sie sich zur Verfügung halten und auf Aufträge warten, nicht vergütet erhalten. Auch kann der auf Angebot und Nachfrage basierende Preisalgorithmus zu tiefen Fahrpreisen führen; ein Risiko, das von den Uber-Fahrerinnen getragen werden muss. Im Gegenzug erhalten die Uber-Fahrerinnen mehr, wenn sie zu besonders nachgefragten Zeiten fahren. *In diesem Sinne ist die Höhe des Verdienstes vom tatsächlichen Fahrerfolg und der Beliebtheit von Uber abhängig.*⁷⁹

[Rz 64] Das Bundesgericht hält in gefestigter Praxis jedoch fest, dass dann, wenn sich das wirtschaftliche Risiko der versicherten Person *in der (alleinigen) Abhängigkeit vom persönlichen Arbeitserfolg erschöpft* und diesfalls bei Dahinfallen des Erwerbsverhältnisses eine ähnliche Situation eintritt, wie dies beim Stellenverlust eines Arbeitnehmers der Fall ist, von einer unselbstständigen Erwerbstätigkeit auszugehen ist.⁸⁰ Aus dem gleichen Grund qualifiziert es im Akkordlohn oder zu 100% auf Provision tätige Personen (beides Formen der erfolgsbasierten Entschädigung) in der Regel als unselbstständig Erwerbstätige.⁸¹

[Rz 65] Unabhängig vom eigenen Arbeitserfolg müssen Uber-Fahrerinnen wie dargelegt (Rz. 54–62) keine (fixen) Kosten und, damit verbunden, kein Risiko tragen, einen Verlust ausgleichen zu müssen. *Dies spricht nicht für eine selbstständige Erwerbstätigkeit.*⁸² Das Verlustrisiko einer Uber-Fahrerin erstreckt sich vollumfänglich auf den Fall, dass keine Fahrgastanfragen vorhanden sind oder an sie weitergeleitet werden und sich deshalb kein persönlicher Arbeitserfolg einstellen kann.

[Rz 66] Ein verhältnismässig geringes Verlustrisiko trägt die Uber-Fahrerin allenfalls, wenn sie eine Fahrgastanfrage annimmt und der Fahrgast seinen Auftrag vor Ankunft der Uber-Fahrerin storniert, während die Uber-Fahrerin aber bereits auf dem Weg zum angegebenen Abholungs-ort unterwegs ist (Leerfahrt).⁸³ In diesem Fall müsste die Fahrerin insbesondere die Kosten für den Treibstoff und das während der Fahrzeit nicht möglich gewesene Anbieten ihrer Arbeitskraft selber tragen. Uber sieht jedoch vor, dass Uber-Fahrerinnen in solchen Fällen eine Stornierungsgebühr verrechnen dürfen. Diese beträgt in Zürich für Uber X CHF 6 und für Uber Black CHF 10

⁷⁸ Gl.M. KIESER (Fn. 6), S. 12 unten.

⁷⁹ Gl.M. KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 22.

⁸⁰ BGE 122 V 169, E. 3b; die Rechtsprechung ist heute Verwaltungspraxis, WML (Fn. 34), Rz. 1018.1.

⁸¹ BGE 97 V 217; BGE 97 V 134; WML (Fn. 34), Rz. 1006, 2002, 1023, 4027.

⁸² BGE 122 V 281, E. 2b S. 284.

⁸³ Eine solche Stornierung ist vertraglich zulässig, Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 4.5.

(Basel Uber X auch CHF 6).⁸⁴ Eine solche Stornierungsgebühr verringert oder deckt die Kosten bei Leerfahrten, weshalb ein diesbezügliches Verlustrisiko zu verneinen ist.⁸⁵

1.8 Auftreten in eigenem Namen und auf eigene Rechnung

[Rz 67] Das Auftreten in eigenem Namen ist für einen selbstständig Erwerbstätigen von grosser Bedeutung. Qualität und Umfang der erbrachten Arbeitsleistung müssen ihm persönlich oder seinem Unternehmen zugerechnet werden können. Im besten Fall gelingt es ihm damit, sich mit seinem Namen von der Konkurrenz abzusetzen. Damit wird der Auftritt in eigenem Namen zum Identifikationsmerkmal und dient der Werbung und langfristigen Kundenbindung. Sich «einen Namen machen» oder eine eigene Marke kreieren gehört zum Wesensgehalt jeder selbstständigen Tätigkeit. Damit ist auch gesagt, dass es *bei diesem Merkmal primär auf die Wahrnehmung der Kunden ankommt*, ob jemand als in eigenem Namen auftretend wahrgenommen wird.⁸⁶

[Rz 68] Im «Modell Uber» nimmt der Fahrgast primär Uber als Unternehmen und nicht den einzelnen Fahrgast als Vertragspartner wahr. Die vom Fahrgast benutzte Smartphone App trägt den Namen Uber, die Kreditkartendaten müssen bei Uber hinterlegt werden, die Uber-App weist dem Fahrgast den konkreten Fahrer zu und auch der Fahrpreis wird (befreiend) an Uber entrichtet. Es würde nicht erstaunen, wenn die Mehrheit der Uber-Fahrgäste nicht bewusst realisiert, von welchem Fahrer sie chauffiert werden. Selbst wenn der Fahrgast mit einer Dienstleistung besonders zufrieden war, besteht bei der Benutzung von Uber nur eine verschwindend kleine Wahrscheinlichkeit, dass die App dem Fahrgast zufällig denselben Fahrer erneut zuweist. Die Aussenwahrnehmung von Uber unterscheidet sich für den Fahrgast kaum von jener einer herkömmlichen Taxigesellschaft. Für den Fahrgast gehört der Uber-Fahrer genau gleich zu Uber wie ein angestellter Taxifahrer zur Taxigesellschaft. Es spielt dabei auch keine Rolle, dass das Fahrzeug nicht speziell mit Uber gekennzeichnet ist und der Uber-Fahrer keine Uber-Uniform trägt. Für den Fahrgast ist aufgrund der vorgängigen Bestellung über die Uber-App auch so ohne weiteres erkennbar, dass es sich um einen Fahrer von Uber handelt und es spielt schlicht keine Rolle, welcher Uber-Fahrer seinen Fahrauftrag ausführt.

[Rz 69] Eine eigentliche Rechnungstellung erfolgt nicht, da dem Fahrgast der Fahrpreis direkt von Uber von dessen Kreditkarte abgebucht wird. Der Fahrgast erhält nach jeder Fahrt eine Quittung. Diese lautet zwar auf den Namen des jeweiligen Fahrers, sie wird dem Kunden aber von Uber zugestellt und dürfte bei jedem Fahrer einem standardisierten Layout entsprechen. Allein die Nennung des Fahrers reicht u.E. nicht aus, um dem Fahrgast zu suggerieren, er habe einen selbstständig operierenden Fahrer beauftragt.

1.9 Akquise von Aufträgen / Werbung für Neukunden

[Rz 70] Das Beschaffen von Aufträgen und die Anwerbung neuer Kunden dürfte regelmässig ein zentrales Wesensmerkmal einer selbstständigen Erwerbstätigkeit darstellen. Bei einer angestellten (unselbstständigen) Person ist die Arbeitgeberin verpflichtet und befugt, ihr Arbeit zur Erle-

⁸⁴ Preise in Zürich, abrufbar unter: www.uber.com/de-CH/newsroom/preise-zuerich.

⁸⁵ Vgl. PÄRLI (Fn. 4), Rz. 79.

⁸⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018, E. 6.3.1, zur Publ. vorgesehen, in dem auch der Auftritt «gegen aussen» beurteilt wurde; GL.M. KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 24.

digung zuzuweisen. Tut sie dies nicht und bietet die angestellte Person ihre Arbeitskraft an, ist der Lohn dennoch geschuldet. Eine unabhängig operierende Person wird dagegen ständig um die Beschaffung neuer Aufträge oder die Anwerbung neuer Kunden bemüht sein. Dieses Kriterium verdeutlicht auch, dass die selbstständig Erwerbstätige im freien Markt auftreten und sich gegen Konkurrenz behaupten muss. Wie sie das tut, ist gänzlich ihrer Innovationsfähigkeit und ihrem Mitteleinsatz für Werbung und Marktauftritt überlassen, worin wesentliche unternehmerische Elemente und auch ein unternehmerisches Risiko erblickt werden.

[Rz 71] Im «Modell Uber» muss und kann die einzelne Uber-Fahrerin keine Kundenakquise übernehmen.⁸⁷ Die Beschaffung von neuen Aufträgen geschieht zu 100% über die Uber App, deren IT-Infrastruktur vollumfänglich von Uber zur Verfügung gestellt und unterhalten wird. In der Beschaffung von Aufträgen liegt gerade die *genuine Aufgabe der Uber-Plattform*.⁸⁸ Selbst wenn die Uber-Fahrerin wollte, könnte sie für ihre Tätigkeit als Uber-Fahrerin – und nur diese ist relevant – keinerlei Aufträge beschaffen. *Die Uber-Fahrerin ist in diesem Punkt wirtschaftlich gänzlich von Uber abhängig und keinem Risiko ausgesetzt.* Auch die (weltweite) Werbung für Uber und die Werbung für Neukunden (z.B. mittels Videos) geschieht einzig durch Uber.

1.10 Zwischenfazit: Unternehmerisches Risiko

[Rz 72] Von den acht betrachteten Kriterien zur Feststellung eines unternehmerischen Risikos *spricht kein einziges ausschliesslich dafür, dass Uber-Fahrer ein solches unternehmerisches Risiko tragen.* Weder sind besondere Investitionen zu tätigen, verfügt der Uber-Fahrer über eigenes Personal oder Geschäftsräumlichkeiten, noch trägt der Uber-Fahrer ein ernstzunehmendes Verlust- oder Delkredere-Risiko sowie relevante Unkosten. Er tritt auch nicht erkennbar in eigenem Namen auf. Vielmehr ist es Uber, das aufgrund der Uber-App und der Inkassofunktion beim Fahrgast als Vertragspartner in Erscheinung tritt. Zuletzt trifft den Uber-Fahrer keinerlei Verpflichtung, sich in irgendeiner Form um die Beschaffung von neuen Aufträgen oder Kunden zu bemühen, was gänzlich atypisch für eine selbstständige Erwerbstätigkeit ist. Dagegen sprechen diverse Kriterien dafür, dass Uber das wirtschaftliche Risiko eines Scheiterns oder eines Zahlungsausfalles trägt und in deutlichem Mass in gemeinsam genutzte IT-Infrastruktur und Personal investiert.

[Rz 73] Das Fehlen eines unternehmerischen Risikos dürfte in der Praxis gerade einen zentralen Erfolgsfaktor für das «Modell Uber» darstellen, da dadurch die Schwelle für neue Fahrer sehr tief gehalten wird. Entspricht die Tätigkeit als Uber X oder Uber Black Fahrer nicht den Erwartungen, muss der Uber-Fahrer lediglich die App deaktivieren, ohne dass er dadurch in irgendeiner Art und Weise investiertes Kapital verliert oder trotz fehlender Einkommensquelle weiterhin Kosten bei ihm anfallen.

[Rz 74] Als Zwischenfazit kann somit festgehalten werden, dass sich *beim Uber-Fahrer kein wesentliches unternehmerisches Risiko ausmachen lässt* und wesentliche Kriterien in ihrer konkreten Ausgestaltung nicht für eine selbstständige Erwerbstätigkeit von Uber-Fahrern sprechen.

⁸⁷ Gl.M. KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 26.

⁸⁸ Vgl. KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 11, wonach die Anwerbung von Fahrgästen eine Aufgabe von Uber Switzerland darstellt.

2. Arbeitsorganisatorische Abhängigkeit

2.1 Bedeutung und Teilgehalte des Kriteriums

[Rz 75] Neben dem wirtschaftlichen Risiko ist in der jüngeren bundesgerichtlichen Praxis die Frage sicher mindestens gleich bedeutsam, ob die versicherte Person in tatsächlicher, wirtschaftlicher oder vertraglicher Hinsicht abhängig ist von ihrem Vertragspartner.⁸⁹

[Rz 76] Ob eine arbeitsorganisatorische Abhängigkeit besteht, wird regelmässig anhand der folgenden Kriterien beurteilt:⁹⁰

- Vorliegen eines Weisungsrechts;
- Bestehen eines Unterordnungsverhältnisses / Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation;
- Pflicht zur persönlichen Aufgabenerfüllung;
- Vereinbarung eines Konkurrenzverbots;
- Auferlegung einer Präsenzpflcht.

2.2 Weisungsbefugnis

a) Umstrittener Punkt

[Rz 77] Ob und, wenn ja, in welchem Umfang Uber gegenüber seinen Fahrerinnen und Fahrern Weisungsbefugnis oder Weisungsmacht zukommt, bildet einen der umstrittensten Punkte. Uber verneint jegliche Weisungsbefugnis und Kontrolle ausdrücklich.⁹¹

« **Uber weist** [den Uber-Fahrer oder die Uber-Fahrerin] **weder im Allgemeinen noch im Besonderen** während der Erfüllung dieses Vertrags, insbesondere in Bezug auf den Betrieb des Unternehmens des Kunden, die Erbringung der Beförderungsdienstleistungen, die Handlungen oder Unterlassungen der Fahrer oder den Betrieb und die Instandhaltung der Fahrzeuge, **an**».

«[Uber] **kontrolliert** den Kunden [den Uber-Fahrer oder die Uber-Fahrerin] oder **seine Fahrer nicht**, und dies kann auch nicht erwartet werden.»

[Rz 78] Wie ganz zu Beginn bereits kurz erwähnt, bestehen eine Vielzahl vertraglicher und nebenvertraglicher «Empfehlungen», «Richtlinien» und «Trainingsanleitungen» (vgl. vorn Rz. 17–21). Diese enthalten, wie nachfolgend aufgezeigt wird, konkrete Handlungsvorgaben und Erwartungen seitens Uber an die Uber-Fahrerinnen und -Fahrer. Zu klären wird sein, ob es sich dabei um reine (freiwillig einzuhaltende) Empfehlungen oder um gegenüber den Uber-Fahrerinnen und -Fahrern durchsetzbare Verhaltensvorschriften handelt, die wiederum auf eine arbeitsorganisatorische Abhängigkeit von Uber schliessen lassen.

⁸⁹ Anstelle vieler, BGE 122 V 281, E. 2b S. 284 und BGE 122 V 169, E. 3c.

⁹⁰ WML (Fn. 34), Rz. 1015; vgl. vorn Rz. 40.

⁹¹ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.4.

b) Art und Umfang der Weisungen

[Rz 79] Die Empfehlungen, Richtlinien und Trainingsanleitungen von Uber an seine Fahrer setzen auf verschiedenen Ebenen an, die zwecks Übersichtlichkeit nachfolgend nach Themenbereichen strukturiert werden. Aufgrund der Fülle an Empfehlungen erhebt die nachfolgende Darstellung keinen Anspruch auf Vollständigkeit.

aa) Weisungen zum Fahrer

[Rz 80] Ein erster Anweisungskomplex betrifft die Person des Fahrers oder der Fahrerinnen selber. Das erstaunt nicht, ist der Fahrer oder die Fahrerinnen doch diejenige Person, die direkten Kontakt mit dem Fahrgast hat. Folgende Erwartungen hat Uber an seine Fahrerinnen und Fahrer:

- Der Uber-Fahrer muss über alle Lizenzen, Erlaubnisse, Genehmigungen und Befugnisse verfügen, die erforderlich sind, um Personenbeförderungsdienstleistungen an Dritte erbringen zu dürfen;⁹²
- Der Uber-Fahrer soll hohe Standards an Professionalität, Service und Höflichkeit anwenden;⁹³
- Der Uber-Fahrer muss einwilligen, dass Uber von Zeit zu Zeit bestimmte Hintergrundüberprüfungen und Überprüfungen der Eintragungen in Verkehrssünderdateien durchlaufen muss, damit er sich für die Erbringung von Beförderungsdienstleistungen qualifiziert;⁹⁴
- Der Fahrer muss Uber schriftliche Kopien aller Lizenzen, Erlaubnisse, Genehmigungen, Befugnisse, Registrierungen und Bescheinigungen vorlegen, bevor er Beförderungsdienstleistungen erbringen darf;⁹⁵
- Ist der Fahrer bei Uber einmal registriert, muss er Uber schriftliche Nachweise über diese Lizenzen, Erlaubnisse, Genehmigungen, Befugnisse, Registrierungen und Bescheinigungen vorlegen, wenn sie verlängert werden. Bei Nichtbeachtung gilt dies als wesentliche Vertragsverletzung;⁹⁶
- Uber-Fahrern ist es nicht erlaubt unter dem Einfluss von Alkohol zu fahren;⁹⁷
- Uber darf alle Punkte auf eine ihr angemessen scheinende Weise überprüfen;⁹⁸
- Falls Uber die Anforderungen an den Fahrer als nicht (mehr) erfüllt ansieht, kann Uber den Zugriff auf die Fahrer-App jederzeit nach alleinigem Ermessen einschränken oder deaktivieren.⁹⁹

⁹² Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 3.1.

⁹³ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 3.1.

⁹⁴ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 3.1.

⁹⁵ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 3.3.

⁹⁶ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 3.3.

⁹⁷ Richtlinien (Fn. 24), S. 7 unten.

⁹⁸ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 3.3.

⁹⁹ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 3.1.

bb) Weisungen zum Fahrzeug

[Rz 81] Ein zweiter Anweisungskomplex betrifft das verwendete Fahrzeug. Dies gilt nicht nur für Uber Black, sondern auch bei Uber X. Folgende Gesichtspunkte müssen Uber-Fahrerinnen und -Fahrer bezüglich ihres Fahrzeugs beachten:

- Das Fahrzeug muss jederzeit registriert und ordnungsgemäss zugelassen sein;¹⁰⁰
- Das Fahrzeug muss in gutem Betriebszustand sein und die Wartungsstandards müssen erfüllt sein;¹⁰¹
- Das Fahrzeug muss sich in einem sauberen und hygienischem Zustand befinden;¹⁰²
- Bei Uber Black bedarf es eines bestimmten Fahrzeugtyps der Luxusklasse (Mercedes S Klasse, Tesla S/X, Audi A8, BMW 7).¹⁰³

cc) Weisungen zum «Procedure»

[Rz 82] Ein letzter Anweisungskomplex betrifft das ganze Verfahren der Fahrgastbeförderung, d.h. den Ablauf (Procedure) der Auftragserfüllung. Folgende Standards soll der Uber-Fahrer oder die Uber-Fahrerin dabei einhalten:

- Dem Uber-Fahrer wird empfohlen, am Abholungsort mindestens zehn Minuten auf den Fahrgast zu warten;¹⁰⁴
- Dem Uber-Fahrer ist es verboten, während einer Beförderungsfahrt nebst dem Fahrgast eine Drittperson im Fahrzeug zu haben, es sei denn, der Fahrgast stimmt dem zu;¹⁰⁵
- Der Uber-Fahrer muss den Fahrgast direkt, d.h. ohne «unerwünschte Unterbrechungen oder unerwünschte Zwischenstopps», zum Zielort befördern;¹⁰⁶
- Fahrtbestellungen sollen regelmässig angenommen werden. Wenn ein Fahrer gerade keine Fahrten annehmen will, soll er sich abmelden. Lehnt ein Fahrer immer wieder Fahrten ab, wird sein Account von Uber deaktiviert;¹⁰⁷
- Alle Vorfälle, welche die Sicherheit von Fahrer und Fahrgästen gefährden, werden geprüft und können zur dauerhaften Sperrung des Uber-Fahrers führen;¹⁰⁸
- Es ist dem Uber-Fahrer nicht gestattet, Fahrten aufgrund des Fahrtziels oder aufgrund von ethnischer Zugehörigkeit, Religion, Nationalität, Behinderung, sexueller Orientierung, Geschlecht, Personenstand, Geschlechtsidentität, Alter oder einer anderen gesetzlich geschützten Eigenschaft des Fahrgastes abzulehnen;¹⁰⁹

¹⁰⁰ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 3.2.

¹⁰¹ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 3.2.

¹⁰² Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 3.2.

¹⁰³ Driver Guide, Voraussetzungen (Fn. 65).

¹⁰⁴ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.2; Trainingsvideo «01_So funktioniert die Uber-App», Min. 1:59, abrufbar unter: www.uber.com/de-CH/drive/resources/fahrer-videos.

¹⁰⁵ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.4 (S. 3 oben); Richtlinie (Fn. 24), S. 7.

¹⁰⁶ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.4 (S. 3 oben).

¹⁰⁷ Richtlinien (Fn. 24), S. 5 unten; KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 20, 29.

¹⁰⁸ Richtlinien (Fn. 24), S. 6.

¹⁰⁹ Richtlinien (Fn. 24), S. 8.

- Will ein Fahrgast dem Uber-Fahrer ein Trinkgeld in Bar geben, muss der Uber-Fahrer den Fahrgast darauf hinweisen, dass dies nicht nötig ist und darf es nur annehmen, wenn der Fahrgast darauf besteht.¹¹⁰

2.3 Kontrolle der Weisungen

[Rz 83] Wie unter Ziff. 2.2 (Rz. 79 ff.) aufgezeigt, besteht eine Vielzahl von Empfehlungen, Standards und Richtlinien, die eine Uber-Fahrerin beachten muss, auch wenn Uber vertraglich das Gegenteil glauben machen will (vgl. Rz. 77). Damit diesen Empfehlungen Weisungscharakter zukommt, *müssen sie durch Uber kontrolliert und durchgesetzt* werden (können). Andernfalls handelt es sich lediglich um freiwillige Verhaltensempfehlungen. Gemäss Uber findet keine Kontrolle statt (vgl. Rz. 77).

a) Kontrolle durch Mitwirkungspflicht und Background Checks

[Rz 84] Einen Teil der Anforderungen gemäss Vertrag, Richtlinien und Trainingsvideos kontrolliert Uber, indem der Fahrer oder die Fahrerin entsprechende Dokumente bei Uber einreichen muss. Dazu gehören Lizenzen, Erlaubnisse, Genehmigungen und Befugnisse zur Personenbeförderung. Uber-Fahrerinnen und -Fahrer müssen diese Dokumente vor der erstmaligen Registrierung einreichen und sind auch verpflichtet, Änderungen schriftlich nachzureichen. Uber behält es sich zudem vor, das Strafregister zu kontrollieren (Background Checks). Da Uber die Fahrer bei Versäumnissen ihrer Mitwirkung mit einem Ausschluss von der Plattform sanktionieren kann, dürfte es Uber nicht schwer fallen, die Standards durchzusetzen. Es handelt sich dabei somit nicht um blossе Empfehlungen, sondern um Weisungen von Uber an seine Fahrer.

b) Kontrolle durch GPS Überwachung

[Rz 85] Gewisse Anforderungen und Abläufe kann Uber dank den übermittelten GPS Daten der Fahrer-App nachvollziehen und kontrollieren.¹¹¹ Insbesondere kann Uber so kontrollieren, dass die Uber-Fahrer wie gefordert auf dem direkten Weg und ohne Zwischenstopps zum Zielort fahren oder Fahrgäste direkt abholen.

c) Kontrolle durch das Bewertungssystem

[Rz 86] Das Hauptinstrument von Uber zur umfassenden Kontrolle der Uber-Fahrer stellt aber das Bewertungssystem dar. Nach jeder Fahrt wird der Fahrgast aufgefordert, den Fahrer oder die Fahrerin mit 1–5 Sternen zu bewerten, wobei 1 Stern die schlechteste und 5 Sterne die beste Wertung darstellt. Die Uber-Fahrer haben keine Wahl, ob sie sich bewerten lassen wollen und ob sie die entsprechenden Ratings öffentlich einsehbar sein sollen.¹¹²

¹¹⁰ Trainingsvideo «05_Auszahlungen», ab Min. 0:48, (vgl. Link in Fn. 104).

¹¹¹ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.8; KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 4.

¹¹² Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.6.1.

[Rz 87] *Uber fordert Fahrgäste aktiv dazu auf*, Bewertungen für die Fahrerinnen und Fahrer abzugeben. Dadurch soll eine möglichst hohe Bewertungsdichte erreicht werden.¹¹³ Es ist ein typisches Phänomen von sogenannten internetbasierten Crowd-Plattformen, dass die Kontrolle an die Benutzer (i.c. die Fahrgäste) delegiert und aktiv eingefordert wird.¹¹⁴

[Rz 88] Der entscheidende Punkt ist, dass *Uber einseitig* nach alleinigem Ermessen *eine Mindestdurchschnittsbewertung festlegt*, die jede Fahrerin überschreiten muss, andernfalls sie von der Uber-App ausgeschlossen wird.¹¹⁵ Die Mindestbewertung variiert von Stadt zu Stadt und wird auch regelmässig angepasst.

[Rz 89] Uber-Fahrer, deren Bewertung Richtung Mindestdurchschnittsbewertung sinkt, werden von Uber angemahnt und es wird ihnen eine Frist zur Verbesserung ihres Ratings gesetzt.¹¹⁶ Die Uber-Fahrerin ist in einem solchen Fall gezwungen, innert der gesetzten Frist genügend Fahrten zu absolvieren und mit entsprechend guten Bewertungen abzuschliessen, andernfalls sie ihre Zulassung zur Uber-Plattform verliert.

[Rz 90] Durch das von den Fahrgästen gespiesene Bewertungssystem *verfügt Uber über ein engmaschiges Kontrollsystem* zur Einhaltung sämtlicher Empfehlungen, dem sich die Uber-Fahrer nicht entziehen können. Das Nichtbeachten der kommunizierten Standards und Empfehlungen kann zu negativen Bewertungen führen, die wiederum zur Kündigung durch Uber berechtigen.¹¹⁷ *Uber wirbt aktiv das Kundenfeedback ein, setzt einseitige Mindestzielvorgaben und sanktioniert all jene Fahrerinnen und Fahrer, welche den eigens definierten Ansprüchen nicht genügen.*¹¹⁸ Ebenfalls mit schlechtem Feedback und drohendem Ausschluss sanktioniert werden zu hohe Stornierungsraten. Letztlich ist auch bei zu häufigen Ablehnungen von Fahrgastanfragen davon auszugehen, dass dies negative Konsequenzen mit sich bringt. Uber weist mehrfach daraufhin, dass eine zu hohe Nichtannahmequote unerwünscht sei und sich die Fahrer diesfalls abmelden sollen.¹¹⁹

[Rz 91] Uber-Fahrer sind hochgradig auf gute Bewertungen angewiesen, da ihre Zulassung zur Uber-Plattform und damit ihre Verdienstmöglichkeit davon abhängig ist. *Dadurch entsteht eine enorme Abhängigkeit von Uber*, weil Uber einseitig die notwendige Mindestbewertung festlegt und es alleine im Ermessen von Uber liegt, Fahrer mit zu tiefen Ratings auszuschliessen. Dies führt weiter dazu, dass Uber-Fahrer faktisch gezwungen sind, alle «Empfehlungen» von Uber umzusetzen, da diese von den Fahrgästen als Standards erwartet werden und eine Nichtbeachtung schlechtere Ratings zur Folge hat. *Damit handelt es sich um von Uber durchsetzbare Weisungen.*

2.4 Zwischenfazit: Weisungsbefugnis

[Rz 92] Die Vordergründig als Empfehlungen, Richtlinien und Trainingsvideos bezeichneten Verhaltensaufforderungen erweisen sich – nach unserer Einschätzung – bei näherer Betrachtung als

¹¹³ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.6.1 lit. (b).

¹¹⁴ PRASSL/RISAK (Fn. 61), S. 7.

¹¹⁵ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.6.2; KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 10.

¹¹⁶ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.6.2.

¹¹⁷ GABRIELA RIEMER KAFKA/VIVIANA STUDER, Digitalisierung und Sozialversicherung – einige Gedanken zum Umgang mit neuen Technologien in der Arbeitswelt, SZS 4/2017, S. 354 ff., 369 f.; KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 13.

¹¹⁸ PRASSL/RISAK (Fn. 61), S. 21, die dieses Zusammenspiel von Zielvorgaben, Kontrolle und Sanktionen bei Uber als typische Elemente einer Arbeitgeberstellung bezeichnen.

¹¹⁹ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.6.2 unten; RIEMER-KAFKA/STUDER (Fn. 117), S. 370, 372.

umfassende und verbindliche Anweisungen an die Uber-Fahrerinnen und -Fahrer. Die Bewertungen stammen zwar von den Fahrgästen und nicht von Uber. Gleichwohl haben sie die Wirkung einer Mitarbeiterbeurteilung, weil Uber einseitig die Standards und deren Mindestbewertung festlegt und eine Nichterfüllung der Vorgaben mit dem Ausschluss sanktioniert. Uber-Fahrerinnen und -Fahrer sind zudem gehalten, möglichst wenige Fahrten abzulehnen oder zu stornieren, da auch dies von Uber kontrolliert wird und zum Ausschluss führen kann. Die Vielzahl an Weisungen und deren Kontrollen und die so entstehende Abhängigkeit von Uber *weist u. E. nur mehr sehr geringe Elemente einer selbstständigen Erwerbstätigkeit auf «Augenhöhe» mit dem Vertragspartner Uber auf.*

2.5 2.5 Unterordnung / Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation

a) Kein eigenes Inkasso

[Rz 93] Augenfällig ist, dass Uber-Fahrer keinerlei Berührungspunkte mit dem Inkasso, d.h. der Rechnungsstellung und Eintreibung der Forderungen, haben. Der Fahrgast bezahlt den Fahrpreis direkt an Uber, das diesen nach Abzug der Servicepauschale an den Fahrer ausbezahlt. Uber wird in diesem Zusammenhang als «beschränkter Inkassobevollmächtigter» bezeichnet.¹²⁰ Die Auslagerung des ganzen Inkassowesens spricht für eine Einordnung in die fremde Betriebsorganisation (von Uber).¹²¹

b) Keine Mitsprache bei der Preisbildung

[Rz 94] Der Fahrpreis dürfte für eine selbstständige (Taxi-)Fahrerin etwas vom Wesentlichsten ihrer Arbeit darstellen. Über die Preiskalkulation steuert sie einerseits ihren wirtschaftlichen Erfolg und behauptet sich andererseits gegen Konkurrenz im Markt.

[Rz 95] Im «Modell Uber» kommt den *Fahrern kein Mitspracherecht bei der Preisgestaltung* zu. Der Fahrpreis ist zwar sehr volatil, wird aber von Uber festgelegt. Die Uber-Fahrerin kann sich nur entscheiden, ob sie zum vorgegeben Preis fahren will oder nicht, wobei allzu viele Ablehnungen nicht erwünscht sind (vgl. vorn Rz. 90). Dies zeugt nicht von einer Verhandlung der wichtigen Vertragsparameter durch zwei gleichgestellte Parteien,¹²² was auf eine unselbstständige Erwerbstätigkeit hinweist.

c) Hohe Flexibilität bei Arbeitszeit und Ort

[Rz 96] Das «Modell Uber» zeichnet sich durch eine sehr hohe Flexibilität für die Uber-Fahrer aus. Anders als in einem traditionellen Arbeitsverhältnis macht Uber den Fahrern so gut wie keine Vorschriften, wann sie arbeiten müssen. Die Uber-Fahrer sind frei, wann und auch wo sie sich in die Uber-Fahrer-App einloggen und Fahraufträge erhalten wollen. Auch die Dauer eines einzelnen Einsatzes bestimmen die Uber-Fahrer völlig autonom. Es bestehen diesbezüglich auch keine Empfehlungen oder Standards und auch kein faktischer Zwang, wie lange ein Uber-Fahrer tätig

¹²⁰ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 4.1.

¹²¹ Urteil des Bundesgerichts 8C_571/2017 vom 9. November 2017, E. 3.1; Urteil des Bundesgerichts 9C_401/2017 vom 12. Juli 2017, E. 3.1.

¹²² Gl.M. RIEMER-KAFKA/STUDER (Fn. 117), S. 370.

sein sollte.¹²³ Der Uber-Fahrer unterliegt somit keinen Präsenzzeiten oder Soll-Arbeitszeiten. Auch kann er einzelne Fahrten ablehnen, um gegen Ende der gewünschten Arbeitszeit keine längere Fahrt unternehmen zu müssen (Ruhezeit). Die einzige Vorgabe besteht darin, dass die App nicht länger als 90 Tage am Stück ungenutzt bleiben darf, ansonsten Uber annimmt, dass der Fahrer seine Tätigkeit für Uber definitiv eingestellt hat.

[Rz 97] Die Möglichkeit, weitgehend frei über seine Arbeitszeit und die Dauer der Einsätze zu verfügen, schwächt ein allfälliges Subordinationsverhältnis ab. Die damit einhergehende Freiheit und Eigenverantwortung spricht gegen eine Einordnung in eine fremde Betriebsorganisation, da diese nicht mit einer bestimmten, wiederkehrenden Arbeitsleistung planen kann. Diese hochgradige Flexibilität, verbunden mit einer ausschliesslich virtuellen Kommunikation ohne physischen Kontakt, ist ein Indiz für eine selbstständige Erwerbstätigkeit.¹²⁴

d) Uber-Fahrer weiss nicht, wohin die Reise geht

[Rz 98] Ein bezüglich der Subordination bisher wenig beachteter Punkt liegt in der konkreten Durchführung der Fahrdienstleistung: So wie wir den Ablauf verstehen, teilt Uber den Fahrern beim Eingang der Fahrgastanfrage nur den aktuellen Fahrpreis sowie den etwaigen Standort des potentiellen Fahrgastes (sowie Informationen zu dessen Bewertung) mit. Hingegen erhält der Uber-Fahrer zu diesem Zeitpunkt den Zielort noch nicht mitgeteilt.¹²⁵ Dieser wird dem Uber-Fahrer erst bei Erreichen des Abholungsortes von Uber oder direkt vom Fahrgast mitgeteilt.¹²⁶ Der Uber-Fahrer muss sich somit innert zehn Sekunden¹²⁷ und ohne Kenntnis des Zielortes entscheiden, ob er die angebotene Fahrt zum aufgerufenen Preis annehmen will oder nicht. Damit besteht bei Auftragsannahme eine Informationsasymmetrie zu Lasten der Uber-Fahrer. Zur Beurteilung, ob eine Fahrt gemäss den eigenen Vorstellungen rentabel durchgeführt werden kann, reicht es nämlich nicht aus, lediglich den Fahrpreis zu kennen. Die Rentabilität ist selbstredend von der zurückzulegenden Distanz abhängig, da erst diese den Treibstoffverbrauch sowie den Zeitaufwand abschätzen lässt. Der Zielort ist für den Uber-Fahrer auch deshalb von grosser Bedeutung, weil er, je nach Destination, im Anschluss an die Fahrt mit einer nicht weiter vergüteten Leerfahrt rechnen muss (z.B. wenn das Stadtgebiet in der Nacht verlassen wurde) oder er mit einer Folgefahrt am Zielort rechnen kann (z.B. wenn nachts ein Ausgangsviertel das Ziel ist). Eine derartige Informationsasymmetrie ist untypisch für eine selbstständige Erwerbstätigkeit. Es ist nicht davon auszugehen, dass ein selbstständig erwerbstätiger Fahrer Fahrten durchführen würde, die für ihn finanziell zu wenig rentieren, zu welcher Beurteilung er aber das Ziel vor Annahme des Auftrages kennen müsste. Der Uber-Fahrer kann zwar die Fahrt nach Ankunft am Abholungsort noch stornieren und so ein nicht genehmes Ziel auslassen. Allerdings hat er in diesem Fall eine Leerfahrt zum Abholungsort zu tragen, für die er keine Stornierungsgebühr erhält. Gravierender dürfte aber der Umstand sein, dass Uber die Qualität der Fahrer u.a. anhand der Stornierungs-

¹²³ A.M. RIEMER-KAFKA/STUDER (Fn. 117), S. 370.

¹²⁴ Gl.M. PÄRLI (Fn. 4), Rz. 81.

¹²⁵ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.2 und KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 9 e contrario; PRASSL/RISAK (Fn. 61), S. 20.

¹²⁶ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.2.

¹²⁷ KIESER (Fn. 6), S. 6.

rate misst und bei zu häufigen Stornierungen androht, den Fahrer von der Uber-Plattform zu sperren.¹²⁸

[Rz 99] Die Uber-Fahrerin muss somit den Auftrag regelmässig im Unwissen über ihre genauen Erwerbsmöglichkeiten antreten. Wird das Ziel bekannt gegeben, kann sie hingegen auch bei Nichtgefallen nicht mehr regelmässig vom Fahrauftrag zurücktreten, ohne Gefahr zu laufen, gesperrt zu werden. Die Art der Vertragsentstehung vermittelt daher eher das Bild einer *einseitigen Zuteilung von Fahraufträgen* als einer Vertragsverhandlung über die relevanten Punkte unter gleichberechtigten Partnern. Die Abläufe dürften indessen bewusst so gewählt sein, um zu verhindern, dass sich Uber-Fahrerinnen auf rentable Strecken konzentrieren und insbesondere Kurzstrecken und solche in wenig frequentierte Gebiete meiden («cherry picking»). Jedoch wäre dies gerade eine der unternehmerischen Freiheiten, die einer selbstständig Erwerbstätigen zustehen.

e) Mitwirkung der Fahrer bei der Qualitätssicherung von Uber

[Rz 100] Das Bundesgericht hat kürzlich in einem Leitentscheid zur Abgrenzung einer unselbstständigen von einer selbstständigen Erwerbstätigkeit die von einer Vertragspartei (einem medizinischen Institut) getroffenen *Qualitätssicherungsmaßnahmen* genauer betrachtet. Konkret war für das Bundesgericht die Art und Weise wesentlich, wie das Institut sicherstellt, dass unter seinem Dach die Qualität der angebotenen Therapie gepflegt werde. Die versicherte Person verpflichtete sich u.a. «zur Qualitätssicherung mit Hilfe von verschiedenen Messmitteln». Die von der versicherten Person durchgeführten Therapien wurden entsprechend den Vorgaben des Instituts auf Video aufgezeichnet, gemessen und dokumentiert. Diese Vorkehrungen sollten gemäss Bundesgericht primär *die qualitativen Anforderungen des Instituts sicherstellen* und nicht (nur) diejenigen der versicherten Person.¹²⁹

[Rz 101] Das Bundesgericht kam in diesem Leitentscheid sodann zum Schluss, dass sich die Versicherte mit diesem Zugeständnis *in einer Weise den Kontrollbedürfnissen des Instituts unterworfen* habe, wie sie sonst vielleicht bei ärztlich delegierten Psychotherapeuten anzutreffen ist, die unter direkter Aufsicht und Verantwortlichkeit der delegierenden Arztperson stehen. Dieser Teil der Vereinbarung ist jedenfalls Ausdruck *eines arbeitnehmerähnlichen Subordinationsverhältnisses*.¹³⁰

[Rz 102] Die Bedeutung dieses Leitentscheides dürfte unschwer zu erkennen sein: Uber macht kein Geheimnis daraus, dass die vertraglichen Pflichten, die Richtlinie, die Videoanleitungen und allem voran das gesamte Bewertungssystem primär *der Qualitätssicherung und dem Image von Uber selber und nicht dem einzelnen Fahrer dient*.¹³¹ Für die Einhaltung der Standards wird jede einzelne Fahrt bewertet und es besteht für die Dauer der Nutzung der Fahrer-App auch eine Aufzeichnung der GPS Daten. Der Uber-Fahrer anerkennt u.a., dass die wiederholte Nichtannahme von Fahrgastanfragen eine *negative Erfahrung* des Fahrgastes mit der *Uber-App* verursacht.¹³² Dasselbe gilt

¹²⁸ Richtlinie, S. 4, 5, wonach Uber-Fahrer angehalten sind, ihre Stornierungsrate auf einem Minimum zu halten und sehr gute Fahrer eine Stornierungsrate von unter 5% aufweisen würden.

¹²⁹ Urteil des Bundesgerichts 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018, E. 6.3.4, zur Publ. vorgesehen.

¹³⁰ Urteil des Bundesgerichts 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018, E. 6.3.4, zur Publ. vorgesehen.

¹³¹ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.6.2; Richtlinie, S. 4, 5; KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 11, 30, «die Pflege des Uber-Images erfolgt vielmehr über das beschriebene Rating [...]».

¹³² Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.6.2.

für Stornierungen, wonach es für *die allgemeine Nutzerzufriedenheit* wichtig ist, Stornierungen auf einem Minimum zu halten.¹³³

[Rz 103] U.E. gehen die Qualitätssicherungsmassnahmen von Uber gegenüber seinen Fahrern sehr weit. Uber möchte unbedingt einen einheitlichen Standard sicherstellen, damit die Fahrgäste mit Uber als Plattform zufrieden sind. Der Fahrer muss sich dafür über weite Strecken den Kontrollansprüchen von Uber unterwerfen, was u.E. auch im Fall von Uber-Fahrern für ein *arbeitnehmerähnliches Subordinationsverhältnis* spricht.

f) Möglichkeit der beidseitigen Vertragsauflösung innert kurzer Frist

[Rz 104] Der Nutzungsvertrag zwischen Uber und den Fahrerinnen hält fest, dass dieser jederzeit ohne Angaben von Gründen innert einer Frist von sieben Tagen gekündigt werden kann.¹³⁴ Fristlose Kündigungen sind vorgesehen bei wesentlichen Vertragsverletzungen durch die andere Partei oder bei Insolvenz oder Konkurs der anderen Partei.¹³⁵

[Rz 105] Eine lediglich siebentägige Kündigungsfrist spricht eher gegen eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation, da bei einer solchen beide Parteien ein Interesse an einer erhöhten Planungssicherheit haben. Im Arbeitsvertragsrecht kommen derart kurze Kündigungsfristen denn auch nur während der Probezeit in Frage (Art. 335b Abs. 1 OR), und diese kann bekanntlich auf höchstens drei Monate verlängert werden (Art. 335 Abs. 2 OR). Faktisch ist die Kündigungsfrist für die Uber-Fahrerin noch kürzer, da sie sich während der siebentätigen Kündigungsfrist einfach nicht mehr einloggen und Uber sie nicht zur Arbeitsleistung verpflichten kann.

2.6 Kein Konkurrenzverbot

[Rz 106] Konkurrenzverbote sind Ausfluss der Treuepflicht des Arbeitnehmers gegenüber seiner Arbeitgeberin und daher typisch für alle Arten von Arbeitsverträgen. Sozialversicherungsrechtlich stellen sie deshalb ein Indiz für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit dar. Das Fehlen jeglicher Konkurrenzverbote spricht daher für eine arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit und daher eher für eine selbstständige Erwerbstätigkeit.¹³⁶

[Rz 107] Uber kennt keine Konkurrenzverbote. Den Fahrern ist es ausdrücklich erlaubt, weiterhin auch ausserhalb der Verwendung der Uber-App Fahrdienstleistungen zu erbringen, sei es als selbstständiger oder unselbstständiger Taxifahrer.¹³⁷ Dies ist als Indiz für eine arbeitsorganisatorische Unabhängigkeit der Uber-Fahrer zu werten.

2.7 Zwischenfazit: Arbeitsorganisatorische Abhängigkeit

[Rz 108] Die Beurteilung der Frage nach der arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit der Uber-Fahrerinnen in eine fremde Arbeitsorganisation hinterlässt ein zwiespältiges Bild. Auf der einen Seite bestehen hohe Flexibilität und Freiheit bezüglich der Arbeitszeit, der Dauer des Arbeitsein-

¹³³ Richtlinie (Fn. 24), S. 5.

¹³⁴ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 12.2.

¹³⁵ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 12.2.

¹³⁶ Urteil des Bundesgerichts 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018, E. 6.3.1, zur Publ. vorgesehen.

¹³⁷ Uber B.V. Dienstleistungsvertrag (Fn. 7), Ziff. 2.4.

satzes und des Arbeitsortes. Das Ausmass der persönlichen Gestaltungsfreiheit, ohne vorgegebene Arbeits-, Präsenz- und Soll-Zeiten, ist ein klares Indiz für eine selbstständige Erwerbstätigkeit. Auch ist die Uber-Fahrerin nicht langfristig gebunden und kann das Vertragsverhältnis faktisch jederzeit und per sofort kündigen. Dies spricht genauso gegen eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation wie das Fehlen jeglicher Konkurrenzverbote. Auf der anderen Seite bestehen eine Vielzahl von Empfehlungen und Anleitungen mit Weisungscharakter, die durch vertragliche Mitwirkungspflichten und das Bewertungssystem kontrolliert und sanktioniert werden. Uber übernimmt das komplette Inkasso und setzt die Preise einseitig und gegen oben verbindlich fest. Zudem nennt Uber der Fahrerin den Zielort erst, wenn diese die Fahrt nur unter der Gefahr eines Verlustes seiner Erwerbstätigkeit stornieren kann. Im Zusammenhang mit der «gewünschten» hohen Annahmerate von Fahrgastanfragen führt dies faktisch zu einer fast zwingenden Fahrauftragszuweisung und nicht zu einer einvernehmlichen Vereinbarung für jede singuläre Fahrt. Vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung fällt zudem ins Gewicht, dass Uber enorme Anstrengungen für die Qualitätssicherung der eigenen Dienstleistung für den Fahrgast unternimmt. Die Uber-Fahrerin ihrerseits muss sich diesem Kontrollbedürfnis unterwerfen, was u.E. für ein *arbeitnehmerähnliches Subordinationsverhältnis* spricht.

[Rz 109] KAHIL-WOLFF spricht denn auch treffend von einem «zeitlich limitierten Subordinationsverhältnis»¹³⁸; u.E. zu verstehen als eine generell eher lose Anbindung an Uber, aber eine sehr straffe Führung bei der eigentlichen Ausübung der Fahrtätigkeit. Das Ausmass der vorhandenen Subordination, bezogen auf die Erwerbstätigkeit, ist *sozialversicherungsrechtlich* aber u.E. ausreichend, um als Indiz für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit zu gelten.

3. Sozialversicherungsrechtliche Gesamtbeurteilung

[Rz 110] Da gleichzeitig Merkmale sowohl der selbstständigen wie auch der unselbstständigen Erwerbstätigkeit vorliegen, muss entschieden werden, welche Merkmale im konkreten Fall *überwiegen* (vgl. vorn Rz. 44).

[Rz 111] Es wird an dieser Stelle drauf verzichtet, sämtliche Punkte noch einmal zu wiederholen. Stattdessen wird auf die vorangehenden, detaillierten Ausführungen und die Zwischenfazits verwiesen. Aufgrund des fast gänzlich fehlenden unternehmerischen Risikos (vgl. Rz. 72 ff.), der weitreichenden und engmaschigen Weisungsbefugnisse (vgl. Rz. 92) und der stellenweise vorhandenen Subordination (vgl. Rz. 108 f.), *überwiegen u.E. die Merkmale, dass die Entschädigung eines Uber-Fahrers sozialversicherungsrechtlich Entgelt für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit darstellt, deutlich.*

Teil 4: Zusammenfassendes Fazit

[Rz 112] Methodisch ist vor auszuschicken, dass wir die sozialversicherungsrechtliche Stellung von Uber-Fahrern nach allen in Praxis und Lehre gebräuchlichen Kriterien beurteilt und insbesondere auch die jüngste bundesgerichtliche Rechtsprechung einbezogen haben. Gerade der jüngste Leitscheid des Bundesgerichts 9C_308/2017 vom 17. Mai 2018, zur Publikation vor-

¹³⁸ KAHIL-WOLFF (Fn. 5), S. 30.

gesehen, erscheint uns für wichtige Aspekte der Fragestellung wegweisend. Er lag zum Zeitpunkt der Erstellung der mehrfach zitierten Gutachten der Kolleginnen und Kollegen noch nicht vor.

[Rz 113] Im Vordergrund stehen für die Abgrenzung von selbstständiger und unselbstständiger Tätigkeit die Kriterienkomplexe «Unternehmerisches Risiko» (Rz. 47 ff.) und «Arbeitsorganisatorische Abhängigkeit» (Rz. 75 ff.), die wir wie folgt beurteilt haben (siehe auch Rz. 72 ff. und Rz. 108 ff.):

[Rz 114] Von den acht betrachteten Kriterien zur Feststellung eines *unternehmerischen Risikos* spricht nach unserer Einschätzung kein einziges ausschliesslich dafür, dass Uber-Fahrer ein solches unternehmerisches Risiko tragen. Weder sind besondere Investitionen zu tätigen, verfügt der Uber-Fahrer über eigenes Personal oder Geschäftsräumlichkeiten, noch trägt der Uber-Fahrer ein ernstzunehmendes Verlust- oder Delkredere-Risiko sowie relevante Unkosten. Er tritt auch nicht erkennbar in eigenem Namen auf. Vielmehr ist es Uber, das aufgrund der Uber-App und der Inkassofunktion beim Fahrgast als Vertragspartner in Erscheinung tritt. Zuletzt trifft den Uber-Fahrer keinerlei Verpflichtung, sich in irgendeiner Form um die Beschaffung von neuen Aufträgen oder Kunden zu bemühen, was gänzlich atypisch für eine selbstständige Erwerbstätigkeit ist. Dagegen sprechen diverse Kriterien dafür, dass Uber das wirtschaftliche Risiko eines Scheiterns oder eines Zahlungsausfalles trägt und in deutlichem Mass in gemeinsam genutzte IT-Infrastruktur und Personal investiert. Beim Uber-Fahrer lässt sich damit kein wesentliches unternehmerisches Risiko ausmachen. Wesentliche Kriterien in ihrer konkreten Ausgestaltung sprechen gerade nicht für eine selbstständige Erwerbstätigkeit von Uber-Fahrern.

[Rz 115] Die Beurteilung der Frage nach der *arbeitsorganisatorischen Abhängigkeit* der Uber-Fahrerin in eine fremde Arbeitsorganisation hinterlässt dagegen ein zwiespältiges Bild. Auf der einen Seite bestehen hohe Flexibilität und Freiheit bezüglich der Arbeitszeit, der Dauer des Arbeitseinsatzes und des Arbeitsortes. Das Ausmass der persönlichen Gestaltungsfreiheit, ohne vorgegebene Arbeits-, Präsenz- und Soll-Zeiten, ist ein klares Indiz für eine selbstständige Erwerbstätigkeit. Auch sind Uber-Fahrerinnen nicht langfristig gebunden und können das Vertragsverhältnis faktisch jederzeit und per sofort kündigen. Dies spricht genauso gegen eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation wie das Fehlen jeglicher Konkurrenzverbote. Auf der anderen Seite bestehen eine Vielzahl von Empfehlungen und Anleitungen mit Weisungscharakter, die durch vertragliche Mitwirkungspflichten und das Bewertungssystem kontrolliert und sanktioniert werden. Uber übernimmt das komplette Inkasso und setzt die Preise einseitig und gegen oben verbindlich fest. Zudem nennt Uber der Fahrerin den Zielort erst, wenn diese die Fahrt nur unter der Gefahr eines Verlustes ihrer Erwerbstätigkeit stornieren kann. Im Zusammenhang mit der «gewünschten» hohen Annahmerate von Fahrgastanfragen führt dies faktisch zu einer fast zwingenden Fahrauftragszuweisung und nicht zu einer einvernehmlichen Vereinbarung für jede singuläre Fahrt. Vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung fällt zudem ins Gewicht, dass Uber enorme Anstrengungen für die Qualitätssicherung der eigenen Dienstleistung für den Fahrgast unternimmt. Die Uber-Fahrerin ihrerseits muss sich diesem Kontrollbedürfnis unterwerfen, was u.E. für ein arbeitnehmerähnliches Subordinationsverhältnis spricht. KAHIL-WOLFF spricht denn auch treffend von einem «zeitlich limitierten Subordinationsverhältnis»; u.E. zu verstehen als eine generell eher lose Anbindung an Uber, aber eine sehr straffe Führung bei der eigentlichen Ausübung der Fahrtätigkeit. Das Ausmass der vorhandenen Subordination, bezogen auf die Erwerbstätigkeit, ist sozialversicherungsrechtlich aber u.E. ausreichend, um als Indiz für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit zu gelten.

[Rz 116] Aufgrund des fast gänzlich fehlenden unternehmerischen Risikos (vgl. Rz. 72 ff.), der weitreichenden und engmaschigen Weisungsbefugnisse (vgl. Rz. 92) und der stellenweise vorhandenen Subordination (vgl. Rz. 108 f.), überwiegen damit u.E. die Merkmale, dass die Entschädigung von Uber-Fahrerinnen und -Fahrern sozialversicherungsrechtlich Entgelt für eine unselbstständige Erwerbstätigkeit darstellt, deutlich.

Prof. Dr. iur. THOMAS GÄCHTER, Ordinarius für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.

MLaw MICHAEL E. MEIER, wiss. Assistent am Lehrstuhl für Staats-, Verwaltungs- und Sozialversicherungsrecht an der Universität Zürich.

Die Ausführungen basieren auf einem Gutachten, das die Autoren am 5. Juli 2018 zuhanden der Gewerkschaft Unia, Bern, verfasst haben. Der Volltext des Gutachtens ist online abrufbar unter: www.unia.ch/uploads/tx_news/2018-07-05_Gaechter_Meier_Gutachten_Uber_Fahrer.pdf.